EN LETRA

DERECHO PENAL

Año IV, N.º 6
Mayo de 2018
ISSN: 2469-0864

Queda hecho el depósito previsto por la ley 11.723.

Esta obra está disponible bajo una licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional. Se permite la copia o redistribución total o parcial de la presente obra por cualquier medio exclusivamente bajo el cumplimiento de la totalidad de las siguientes condiciones: (a) atribución: debe constar claramente: (a.i) la referencia a EN LETRA: DERECHO PENAL, con indicación del nombre de la publicación, volumen, año de publicación, nombre del autor citado o referido, número de páginas de referencia, nombre del artículo; (a.ii) contener un hipervínculo operativo a esta obra; y (a.iii) dejar constancia de si se han introducido cambios respecto del texto original; (b) uso no comercial: esta obra no puede ser total ni parcialmente reproducida con fines comerciales; y (c) forma originaria: la copia o redistribución total o parcial de la presente obra no estará autorizada si su contenido hubiera sido modificado.

ISSN: 2469-0864

Publicación confeccionada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina, por la **ASOCIACIÓN CIVIL CENTRO DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES** (**CEICJUS**).

Editor responsable / correspondencia epistolar:

Leandro Alberto DIAS

Amenábar 2095

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina

Correspondencia digital:

enletrapenal@enletra.com

Las ideas y términos expresados en esta obra pertenecen exclusivamente a sus autores. EN LETRA: DERECHO PENAL, el CENTRO DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARIOS EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES y sus miembros no necesariamente los comparten, ni se responsabilizan por ellos.

Ningún contenido de EN LETRA: DERECHO PENAL debe interpretarse como un intento de ofrecer o proporcionar asesoramiento profesional. En caso de dudas o necesidad de asesoramiento profesional, consulte a un profesional matriculado en la materia correspondiente.

Comité Editorial

Director

Leandro A. Dias (UBA/UTDT)

Subdirectora

Carla Salvatori (UBA)

Secretario de Edición

José R. Béguelín (UBA)

Secretario de Redacción

Pablo Larsen (UTDT)

Editores

Antonella Donnes (UBA)

Ezequiel Jiménez (Middlesex University)

Santiago Mollis (UDESA)

Noelia Nuñez (UBA/CEPDAL)

Mª. Belén Rodríguez Manceñido (UBA)

Alejandra Verde (UNC/UTDT)

Thomas Wostry (Universität Düsseldorf)

Consejo Académico

Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen)

María Laura Böhm (UBA/DAAD)

Hernán Bouvier (UNC/CONICET)

Alejandro Chehtman (UTDT/CONICET)

Luis Chiesa (SUNY Buffalo Law School)

Fernando J. Córdoba (UBA)

Marcelo Ferrante (UTDT)

George P. Fletcher (Columbia Law School)

Luís Greco (Humboldt-Universität zu Berlin)

Hernán Gullco (UTDT)

Alejandro Kiss (The Hague University)

Máximo Langer (UCLA)

Marcelo D. Lerman (UBA)

Marina Lostal Becerril (The Hague University)

Ezequiel Malarino (UDESA/CONICET)

María Laura Manrique (CONICET)

Juan Pablo Montiel (CRIMINT)

Héctor Olásolo Alonso (URosario)

Daniel Pastor (UBA)

Gabriel Pérez Barberá (UNC)

Marcelo A. Sancinetti (UBA)

Eugenio Sarrabayrouse (UCES)

Patricia Ziffer (UBA)

EN LETRA
DERECHO PENAL

"EN LETRA: DERECHO PENAL" es una publicación semestral fundada en 2015 y su premisa es ofrecer una revista de excelencia, guiada por los estándares internacionales de referato doble ciego.

***

Cuatro declaraciones y garantías:

1. "EN LETRA: DERECHO PENAL" está diseñada de manera hipervinculada para facilitar su navegación interna y a destinos externos (fuentes referenciales on-line, EnLetra.com, correos electrónicos, etc.).

2. "EN LETRA: DERECHO PENAL" garantiza la publicación de todas las réplicas a los artículos publicados en la edición anterior, siempre que cumplan con una extensión máxima de 30 páginas y se ajusten a los estándares y requisitos de publicación.

3. "EN LETRA: DERECHO PENAL" es un espacio abierto, por lo que los autores podrán enviar sus contribuciones libremente, siempre y cuando se cumplan los requisitos de estilo. La evaluación de los artículos se basará exclusivamente en su contenido.

4. Por decisión mayoritaria del Comité Editorial "EN LETRA: DERECHO PENAL" no utiliza lenguaje género-sensitivo en sus editoriales. No obstante, los autores que deseen incluir esa clase de expresiones, por las razones que consideren apropiadas, están invitados a hacerlo y serán publicadas sus opiniones de modo intacto.

Índice

Editorial

In memoriam: Prof. Dr. Joachim Hruschka (1935-2017), *Prof. Dr. Dr. h.c. Jan C. Joerden*, 1

Columnas de opinión I: El debate sobre el aborto en Argentina

Aborto legal: una oportunidad histórica, *Mercedes Cavallo LL.M.*, 5

Aborto: adiós al derecho penal, *Cecilia Marcela Hopp LL.M.*, 8

El aborto y el derecho a la vida desde la concepción, *Prof. Dr. Eduardo Rivera López*, 17

Columnas de opinión II: La absolución de Jean Pierre Bemba

La absolución de Jean Pierre Bemba y la responsabilidad del superior, *Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos*, 27

Artículos

Acerca del "resurgimiento" del retribucionismo, *Prof. Dra. Patricia S. Ziffer*, 30

La colisión "deficitaria" de deberes. Consideraciones sobre la exclusión del injusto omisivo en ejecución de actos de salvamento supererogatorios, *Dr. Ivó Coca Vila*, 52

La justificación del castigo por crímenes de lesa humanidad, ¿una cuestión de costos y beneficios? A propósito del argumento de Eugenio Zaffaroni, *Fernando Bracaccini*, 89

Apuntes sobre el nuevo régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho argentino, *Dr. Juan Pablo Montiel*, 125

Laclau y el populismo penal: Nuevas reflexiones acerca del concepto a través de la intersección de la teoría política con el mundo jurídico, *Juan Carlos (Junior) Ruas*, 152

Traducciones

Observaciones no ortodoxas sobre el tipo objetivo de las coacciones, *Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Günther Jakobs (em.)*, 188

Cultura, religión, derecho penal. Nuevos desafíos en una sociedad pluralista, *Prof. Dra. Tatjana Hörnle*, 205

El concepto de crímenes de guerra y la ética contemporánea de los conflictos armados, *Prof. Dr. Alejandro Chehtman*, 218

DEBATES I

Introducción, *Prof. Dr. Marcelo D. Lerman y Mag. Leandro A. Dias*, 252

"La colisión de deberes en Derecho penal" de Ivó Coca Vila ¿Disolución de colisiones de deberes jurídicos?, *Prof. Dra. Alejandra Verde*, 255

La intervención delictiva en el estado de necesidad exculpante. Un desafío para la distinción entre normas de comportamiento y reglas de imputación, *Dr. Andrés Falcone,* 281

Réplica a "¿Disolución de colisiones de deberes jurídicos?" por Alejandra Verde, *Dr. Ivó Coca Vila*, 314

DEBATES II

Sobre la inaplicabilidad del principio de "ley penal más benigna" en el caso "Muiña" de la CSJN, *Prof. Dr. Gabriel Pérez Barberá*, 321

Réplica a "'Si Ud. quiere una garantía, compre una tostadora': Acerca del punitivismo de Lesa Humanidad" de Andrés Rosler, *Tomás Fernández Fiks LL.M.*, 328

Hay dos sin tres: Una vez más hacia la brecha de lesa humanidad, *Prof. Dr. Andrés Rosler*, 344

ENTREVISTAS

Entrevista En Letra Derecho Penal al Prof. Dr. Ricardo Robles Planas (Universitat Pompeu Fabra), 364

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

"Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación. La problemática de la responsabilidad penal por conductas cotidianas" de Luís Greco, *Catalina Pastoriza*, 377

PAUTAS DE PUBLICACIÓN, 391

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN, 395

TABLE OF CONTENTS

EDITORIAL

IN MEMORIAM: PROF. DR. JOACHIM HRUSCHKA (1935-2017), *Prof. Dr. Dr. h.c. Jan C. Joerden*, 1

COLUMNS I: THE ABORTION DEBATE IN ARGENTINA

Legal Abortion: A Historic Oportunity, *Mercedes Cavallo LL.M.*, 5

Abotion: Goodbye Criminal Law, *Cecilia Marcela Hopp LL.M.*, 8

Abortion and the Right to Life from Conception, *Prof. Dr. Eduardo Rivera López*, 17

COLUMNS II: THE ACQUITTAL OF JEAN PIERRE BEMBA

The Acquittal of Jean Pierre Bemba and Command Responsibility, *Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos*, 27

ARTICLES

On the 'Renaissance' of Retributivism, *Prof. Dra. Patricia S. Ziffer*, 30

'Deficient' Collilsion of Duties. Remarks on the Justification of Omissions though Supererogatory Acts, *Dr. Ivó Coca Vila*, 52

Punishment for crimes against humanity. A matter of costs and benefits? A thought regarding Eugenio Zaffaroni´s argument, *Fernando Bracaccini*, 89

Notes on the New System of Criminal Liabiliy of Legal Persons in Argentina, *Dr. Juan Pablo Montiel*, 125

Laclau and Penal Populism. Rethinking the Concept through the Lens of Legal and Political Theory, *Juan Carlos (Junior) Ruas*, 152

TRANSLATIONS

Unorthodox Remarks on the *Actus Reus* of the Crime of Coercion, *Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Günther Jakobs (em.)*, 188

Culture, Religion and Criminal Law. New Challenges in a Pluralist Society, *Prof. Dra. Tatjana Hörnle*, 205

Revisionist Just War Theory and the Concept of War Crimes, *Prof. Dr. Alejandro Chehtman*, 218

DEBATES I

Introduction, *Prof. Dr. Marcelo D. Lerman y Mag. Leandro A. Dias*, 252

"La colisión de deberes en Derecho penal" by Ivó Coca Vila. The Dissolution of Conflicts between Legal Duties?, *Prof. Dra. Alejandra Verde*, 255

Criminal Intervention in Necessity Cases. A Challenge to the Distinction between Rules of Conduct and Rules of Attribution, *Dr. Andrés Falcone,* 281

A Reply to Alejandra Verde, *Dr. Ivó Coca Vila*, 314

DEBATES II

On the Inapplicability of the "Lenity Principle" in the Muiña Case of the Supreme Court, *Prof. Dr. Gabriel Pérez Barberá*, 321

A Reply to Andrés Rosler, *Tomás Fernández Fiks LL.M.*, 328

Never Two without Three: The Debate on Crimes against Humanity Revisited, *Prof. Dr. Andrés Rosler*, 344

INTERVIEWS

Interview with Prof. Dr. Ricardo Robles Planas (Universitat Pompeu Fabra), 364

BOOK REVIEWS

"Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación. La problemática de la responsabilidad penal por conductas cotidianas" by Luís Greco, *Catalina Pastoriza*, 377

GUIDELINES FOR SUBMISSION OF ARTICLES, 391

EVALUATION PROCEEDING, 395

Editorial

Este nuevo número de En Letra: Derecho Penal es, en cierto sentido, nuestro *magnum opus*. Prácticamente un año de preparación fue necesario para elaborar el contenido que encontrarán en las próximas (casi cuatrocientas) páginas. El objetivo fue el mismo que viene impulsando este proyecto editorial: demostrar que es posible hacer verdadera ciencia jurídico-penal en la Argentina. Y dado que la elaboración de una ciencia jurídico-penal es una tarea colectiva, decidimos hacer un esfuerzo especial para brindar distintos debates sobre temas relevantes de la actualidad. En este número el lector podrá encontrar tres secciones especiales de discusión: la primera sobre la despenalización del aborto en la Argentina, la segunda sobre la colisión de deberes en derecho penal y la tercera sobre las repercusiones de la aplicación de la ley penal más benigna a casos de crímenes de lesa humanidad.

Respecto del contenido de la revista, la primera contribución será un homenaje al Prof. Dr. Joachim Hruschka, lamentablemente fallecido este año, a cargo de uno de sus principales discípulos, el Prof. Dr. Jan Joerden (Frankfurt [Oder]). Las contribuciones siguientes estarán dedicadas al primer debate del número: tres columnas de opinión sobre la despenalización del aborto en Argentina, a cargo de Mercedes Cavallo LL.M (UTDT), el Prof. Dr. Eduardo Rivera López (UTDT) y Cecilia Hopp LL.M (UBA/UTDT). A continuación, cerrará la sección de columnas de opinión el Prof. Dr. Dr. *h.c.* Kai Ambos (Göttingen Universität), sobre la reciente (y polémica) sentencia absolutoria a favor de Jean-Pierre Bemba Gombo por parte de la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional.

En lo atinente a los artículos sometidos al proceso de referato doble ciego de la revista, presentamos, en primer lugar, un artículo original de la Prof. Dra. Patricia Ziffer (UBA) sobre al llamado "renacimiento" del retribucionismo en el derecho penal contemporáneo, en el que esclarece muchos aspectos de la discusión reciente sobre la justificación del castigo estatal. En segundo lugar, el Dr. Ivó Coca Vila (Universitat Pompeu Fabra) presentará su posición respecto de uno de los temas más actuales de la dogmática penal continental: la relación entre los principios rectores de la colisión de deberes en derecho penal y la posibilidad de realizar comportamientos supererogatorios. En tercer lugar, Fernando Bracaccini (UBA) presenta una crítica a la justificación del castigo en casos de crímenes de lesa humanidad ofrecida por Eugenio Raúl Zaffaroni, que obligará al lector a reflexionar de modo profundo sobre el tema. En cuarto lugar, el

Dr. Juan Pablo Montiel (CRIMINT) ofrece distintas reflexiones acerca del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que pretenden dotar de cierta racionalidad al sistema de atribución de responsabilidad penal a entes colectivos que existe en la Argentina. En quinto lugar, el estudiante Juan Carlos (Junior) Ruas se sumerge en la discusión actual sobre populismo penal e intenta aclarar algunas cuestiones soslayadas por la doctrina.

En la sección de traducciones, presentamos tres artículos innovadores que fueron publicados en los últimos años en distintas revistas de gran prestigio. El primero de ellos fue escrito por el Prof. Dr. Dr. *h.c.* mult. Günther Jakobs (Universität Bonn) y representa una reformulación radical de los principales presupuestos teóricos del delito de coacciones (traducción de José R. Béguelin [UBA]). El segundo, a cargo de la Prof. Dr. Tatjana Hörnle (Humboldt-Universität zu Berlin), explora los desafíos que las sociedades multi-culturales le presentan en la actualidad al derecho penal (traducción del Prof. Dr. Dr. *h.c.* Marcelo A. Sancinetti [UBA]). El tercero, elaborado por el Prof. Dr. Alejandro Chehtman (UTDT), pone de manifiesto la vinculación entre la posibilidad de criminalizar la intervención en un conflicto armado y el carácter justo o injusto de tal conflicto armado (traducción de Magdalena Legris [UBA / Univ. de Leiden]).

A continuación de las traducciones, se presenta la segunda sección de debates de la revista: una discusión sobre la colisión de deberes en derecho penal, a partir de la tesis doctoral del Dr. Ivó Coca Vila. Protagonizan esta sección la Prof. Dra. Alejandra Verde (UTDT) y el Dr. Andrés Falcone (UBA), quienes toman como punto de partida el libro de Coca Vila para criticar su concepto de "colisión de razones de obligación" y para aplicar el método de ponderación propuesto en esa obra al estado de necesidad exculpante, respectivamente. Cierra la sección el Dr. Ivó Coca Vila, con una réplica a las críticas formuladas.

La última sección de debates retoma la discusión sobre la aplicación de la ley penal más benigna en casos de crímenes de lesa humanidad, que había sido desarrollada en el número cinco de la revista, a partir de un artículo del Prof. Dr. Andrés Rosler (UBA). En esta ocasión, el Prof. Dr. Gabriel Pérez Barberá (UNC) introduce la discusión a partir de un argumento en contra de la aplicación de la ultraactividad de la ley penal más benigna a estos casos, en contra de lo resuelto por la CSJN en el caso "Muiña". A continuación, Tomás Fernández Fiks LL.M. (NYU) critica la postura expuesta por el Prof. Rosler en el número anterior de la revista y señala que el tratamiento de la cuestión depende de la interpretación que debe adoptar el aplicador del derecho y que el análisis no puede simplificarse en dos categorías como "punitivismo" y "garantismo".

Cierra la sección el Prof. Rosler, quien retoma y desarrolla con mayor detalle algunas de las ideas desarrolladas en su artículo original.

Las últimas dos contribuciones de la revista vienen de la mano de una entrevista al Prof. Dr. *h.c.* Ricardo Robles Planas, realizada por la dirección de la revista a comienzos de este año, y una recensión de Catalina Pastoriza (UTDT) al libro del Prof. Dr. Luís Greco, titulado "Complicidad a través de acciones neutrales". Esperamos que este número especial de la revista sea de agrado de los lectores y que, como ya señalamos, contribuya al desarrollo de la ciencia jurídico-penal en habla hispana.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 6, pp. 1-4

In memoriam

PROF. DR. JOACHIM HRUSCHKA (1935-2017)

Prof. Dr. Dr. *h.c.* Jan C. JOERDEN*

El 10 de diciembre de 2017, luego de una larga enfermedad, falleció en Erlangen Joachim Hruschka, profesor emérito de Derecho penal, Derecho procesal penal y Filosofía del Derecho de la Friedrich-Alexander-Universität de Erlangen-Núremberg. Joachim Hruschka nació el 10 de diciembre de 1935 en Breslavia y creció en Marburgo, luego de que su familia fuera expulsada hacia el final de la guerra. Estudió Derecho, Historia y Filosofía, primero en Marburgo y, con posterioridad, en Friburgo y Múnich. En el año 1961, Hruschka aprobó el primer Examen de Estado y, en 1965, el correspondiente segundo Examen en Múnich. En 1964 se doctoró en Múnich bajo la dirección de Karl Larenz, con una tesis sobre el tema *"Die Konstitution des Rechtsfalles. Studien zum Verhältnis von Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung"* [La constitución del caso jurídico. Estudios sobre la relación entre la determinación de los hechos y la aplicación del Derecho] (Berlín, 1965). En el año 1970 consiguió habilitarse como profesor, también en Múnich. En su trabajo de habilitación, Hruschka se ocupó de cuestiones de hermenéutica jurídica, y fue publicado en Múnich en 1972 bajo el título *"Das Verstehen von Rechtstexten. Zur hermeneutischen Transpositivität des positiven Rechts"* [La comprensión de textos jurídicos. Sobre la transpositividad hermenéutica del Derecho positivo]. En consecuencia, Hruschka adquirió la *venia legendi* para Filosofía del Derecho, Metodología jurídica, Derecho penal y Derecho procesal penal. Después de servir por un corto tiempo como *Privatdozent* en la Ludwig-Maximilians-Universität de Múnich, en 1971 se le ofreció un puesto como profesor de Filosofía del Derecho y Derecho penal en la Universidad de Hamburgo. En 1982, fue llamado a ocupar la cátedra de Derecho penal, Derecho procesal penal y Filosofía del Derecho de la Friedrich-Alexander-Universität en Erlangen-Núremberg y se trasladó de Hamburgo a Erlangen. Mientras tanto, rechazó un ofrecimiento de la

* Catedrático en Derecho Penal, Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder). Traducción de Leandro A. Dias (UBA/UTDT) y Carla Salvatori (UBA/UTDT).

Universidad de Viena, que le llegó poco después y continuó trabajando hasta su retiro —e incluso después— en la misma universidad. Durante ese tiempo, Hruschka se desempeñó como profesor visitante en Ciudad del Cabo, Canberra, Jena, Leipzig, Riga y Bloomington.

La obra científica de Joachim Hruschka refleja probablemente en la mayor parte de sus publicaciones una comprensión integrada de las Ciencias jurídicas, la Historia y la Filosofía, es decir, las especialidades de su carrera. Al mismo tiempo, mostró que muchos debates en la dogmática jurídico-penal son absolutamente incomprensibles sin el conocimiento de su dimensión histórico-jurídica y sin el trasfondo que frecuentemente se encuentra asentado en la Filosofía práctica. Esto significa que muchas de las contribuciones de Hruschka se centraron manifiestamente en temas que se encuentran en el ámbito de intersección entre el Derecho penal, la Historia del Derecho y la Filosofía práctica; véase., por ejemplo, "Conscientia erronea und ignorantia bei Thomas von Aquin" ["Conscientia erronea e ignorantia en Tomás de Aquino"], en Festschrift für Welzel, 1974, pp. 115 y ss.; "Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf – Zur Geschichte und Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa"[1], en ZStW 96 (1984), pp. 661 y ss.; "Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe: Das Brett des Karneades bei Gentz und bei Kant"[2], GA 1991, pp. 1 y ss.

A su vez, Hruschka siempre le dio importancia al hecho de que las preguntas fundamentales del ordenamiento jurídico-penal (por ejemplo: ¿cómo se debe tratar el error de tipo permisivo?, ¿cómo se puede restringir la exculpación cuando el autor mismo tiene que ser responsabilizado por haber creado las condiciones de esa exculpación?) no se encuentran limitadas por las fronteras nacionales. Más bien, estas preguntas surgen del mismo modo tanto en el propio país como en otros, sólo que en el extranjero eventualmente se encuentran otras respuestas que, en consecuencia, deberán ser evaluadas críticamente para determinar si, eventualmente, no podrían ser más idóneas en su tratamiento de la problemática correspondiente que las regulaciones "autóctonas" a las que estamos acostumbrados. Hruschka señaló esto en sus publicaciones sobre Derecho penal comparado, tales como "Das Strafrecht neu durchdenken! Überlegungen aus Anlaß

[1] Existe versión en español, cfr. "La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf – Sobre la historia y el significado de la diferencia entre actio libera in se y actio libera in sua causa" (trad. PASTOR MUÑOZ), en *Imputación y Derecho penal*, Buenos Aires / Montevideo, 2009, pp. 51 y ss.

[2] Existe versión en español, cfr. "Causas de justificación y exculpación: la tabla de Carnéades en la doctrina de Gentz y Kant" (trad. ROBLES PLANAS), en *Imputación y Derecho penal*, Buenos Aires / Montevideo, 2009, pp. 104 y ss.

des Buches von George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law"[3], en: GA 1981, pp. 237 y ss.; "Imputation", en: Eser *et al.* (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung: Rechtsvergleichende Perspektiven I, 1987, pp. 121 y ss.

En el ámbito de la Filosofía del Derecho, Hruschka le concedió especial importancia al análisis de la obra de Immanuel Kant, sobre todo, a su Filosofía práctica. Ya durante su tiempo en Hamburgo, las obras kantianas "Fundamentación para una metafísica de las costumbres", "Metafísica de las costumbres" y "Crítica de la razón práctica" eran el foco —junto con la Filosofía analítica anglosajona— de su seminario de Filosofía del Derecho. Esta fascinación de Hruschka por la obra de Kant no sólo no cesó durante su carrera científica, sino que incluso se intensificó después de ser nombrado profesor emérito y es patente en muchas de sus publicaciones, en las cuales mostró, de un modo impresionante, que la obra de Kant ha sido por mucho tiempo injustamente infravalorada también en lo que se refiere a su importancia para los fundamentos del Derecho, en general, y para el Derecho penal, en particular; véase solamente "Die Konkurrenz von Goldener Regel und Prinzip der Verallgemeinerung in der juristischen Diskussion des 17./18. Jahrhunderts als geschichtliche Wurzel von Kants kategorischem Imperativ", en JZ 1987, pp. 941 y ss.; "Die Notwehr im Zusammenhang von Kants Rechtslehre", en ZStW 115 (2003), pp. 201 y ss.; "Kants Rechtsphilosophie als Philosophie des subjektiven Rechts", en JZ 2004, pp. 1085 y ss.; y posteriormente con el libro que publicó junto a su esposa fallecida en el año 2014, B. Sharon Byrd, "Kant's Doctrine of Right", (Cambridge 2010), así como en el último gran trabajo que tuvo la posibilidad de escribir "Kant und der Rechtsstaat – und andere Essays zu Kants Rechtslehre und Ethik", 2015.

Inspirado, por un lado, por el pensamiento de la doctrina del Derecho natural, que se esforzaba por lograr consistencia y coherencia, y por la Filosofía analítica, por otro, Hruschka también colocó siempre a la comprensión lógico-analítica del Derecho penal en el núcleo de sus investigaciones; véase al respecto especialmente "Strukturen der Zurechnung", 1976; "Zur Logik und Dogmatik von Verurteilungen aufgrund mehrdeutiger Beweisergebnisse im Strafprozeß", en

[3] Existe versión en español: cfr. "¡Repensar el Derecho penal! Reflexiones a propósito del libro *Rethinking Criminal Law* de George P. Fletcher" (trad. PIÑA ROCHEFORT), en *Imputación y Derecho penal*, Buenos Aires / Montevideo, 2009, pp. 311 y ss.

JZ 1970, pp. 637 y ss.; "Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?"[4], en JZ 1985, pp. 1 y ss.; "Das deontologische Sechseck bei Gottfried Achenwall im Jahre 1767", 1986; Strafrecht nach logisch-analytischer Methode – Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil, 2ª ed. 1988; "Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln", Rechtstheorie 22 (1991), pp. 449 y ss.[5]

En las clases magistrales y seminarios de Hruschka, siempre se respiró el espíritu de una "enseñanza por medio de la investigación". Un docente universitario genial, que lograba fascinar a los oyentes y entusiasmarlos por el Derecho penal y la Filosofía del Derecho con elocuciones siempre fundadas objetivamente, pero que a menudo estaban repletas de humor e incluso era irónico consigo mismo. Probablemente sus cursos fueron un placer intelectual para todos los estudiantes. Esto se aplicaba también, y especialmente, respecto de sus seminarios de Filosofía del Derecho, que en Hamburgo y Erlangen eran una institución para quienes estaban interesados en echar un vistazo por sobre el horizonte de los contenidos necesarios para aprobar los exámenes. Por suerte para los estudiantes de Erlangen, él continuó con su seminario incluso mucho tiempo después de haber sido nombrado profesor emérito —junto a Jan C. Schuhr, actualmente profesor en Heidelberg—. Los discípulos y estudiantes de Hruschka siempre lo recordarán, así como a sus seminarios y clases magistrales, con un profundo agradecimiento.

[4] NT: Existe versión en español, cfr. "¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?" (trad. SÁNCHEZ-OSTIZ), en *Imputación y Derecho penal*, Buenos Aires / Montevideo, 2009, pp. 333 y ss.

[5] Existe versión en español, cfr. "Reglas de comportamiento y reglas de imputación (trad. BALDÓ LAVILLA), en *Imputación y Derecho penal*, Buenos Aires / Montevideo, 2009, pp. 11 y ss.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 6, pp. 5-7

Columnas I: El debate sobre el aborto en Argentina

ABORTO LEGAL: UNA OPORTUNIDAD HISTÓRICA

Mercedes CAVALLO LL. M.*

Fecha de recepción: 11 de mayo de 2018
Fecha de aprobación: 29 de mayo de 2018

La apertura del debate sobre aborto en el Congreso visibilizó la urgencia y relevancia de una lucha que el movimiento de mujeres lleva adelante desde hace décadas: la despenalización y legalización del aborto en Argentina. En esta columna me interesa hacer algunas clarificaciones sobre cómo debería enmarcarse el debate parlamentario. Primero, desde la política criminal. Segundo, desde el principio republicano de igualdad. En relación con la política criminal, la discusión que ocurrirá en el Congreso no debería girar en torno a las opiniones personales de las legisladoras y los legisladores respecto del aborto. En una democracia laica, las posiciones morales o religiosas de cada persona son legítimas y deben respetarse como parte de su derecho a la libertad de conciencia; como también debe respetarse la separación entre Iglesia y Estado, y asegurarse que las creencias individuales de nuestros representantes no se impongan por encima de la Constitución Nacional. El debate parlamentario debería girar, en cambio, en torno a si corresponde que la interrupción voluntaria del embarazo siga estando penalizada. Esto es, si es correcto que el Estado investigue y encarcele a quienes practiquen, colaboren o participen en una práctica de interrupción voluntaria del embarazo.

La respuesta es negativa. Existen estimaciones que indican que en la Argentina se realizan entre 370.000 y 520.000 abortos clandestinos al año.[1] En este contexto, sostener la penalización del aborto significaría afirmar que el Estado debería, anualmente, perseguir y castigar a una

* Abogada, Especialista en Derecho Penal y Profesora de Género y Derecho Penal (Universidad Torcuato Di Tella). LL.M. en Derechos Reproductivos y candidata doctoral (Universidad de Toronto).

[1] MARIO/PANTELIDES, "Estimación del aborto inducido en Argentina", en *Notas de Población*, n.° 87, Cepal, Santiago de Chile, 2009.

cantidad equiparable de personas que se practicaron abortos, además de a quienes participaron o de algún modo colaboraron con esa práctica. Todos conocemos personas que abortaron, ¿creemos que deberían estar presas? Hace décadas que los tribunales advirtieron lo irrazonable de esta posición[2] y, salvo "disciplinantes" excepciones de jueces y funcionarios militantes antiaborto,[3] la mayoría de las investigaciones ante la justicia criminal se archivan y pocas llegan a tener sentencia.[4] Sin embargo, eso no significa que su penalización sea inocua. Las Estadísticas Vitales del Ministerio de Salud indicaron que en el trienio 2014-2016 murieron 47 mujeres por año por abortos clandestinos inseguros. Este número ha bajado en la última década, aunque sigue manteniéndose como la primera causa de mortalidad materna. Desde 1983, 3.030 mujeres murieron por abortos.[5] Mujeres que eran hijas, madres, hermanas, amigas, trabajadoras; y que el Estado, indirectamente, mató por no revocar una norma ineficaz y, como argumentaré a continuación, injusta.

Entonces, ¿por qué se sigue penalizando el aborto? La respuesta nos la da el movimiento feminista: porque las mujeres aún somos consideradas ciudadanas de segunda categoría. Pareciera que nuestras muertes no fueran importantes. El desprecio del Estado por lo que nos pasa se confirma en otras cifras más allá del aborto: tenemos casi una muerta por día por femicidio; existe una brecha salarial del 27%; realizamos el 76% del trabajo doméstico no remunerado; estamos sobrerrepresentadas en trabajos de enseñanza y domésticos, y sub-representadas en trabajos de capital e industria.[6] En este contexto, la discusión sobre aborto es una discusión de política criminal pero, sobre todo, de igualdad y no discriminación. La prohibición de abortar es, en realidad, la criminalización de un procedimiento médico que sólo las personas con capacidad de gestar necesitan. No existe en nuestro sistema jurídico una norma que penalice un procedimiento médico que sólo los varones necesitan.

---

[2] Ver doctrina "Natividad Frías" en, por ejemplo, CAVALLO, "La confidencialidad en la atención del aborto", en *Serie Documentos REDAAS*, n.° 7, Buenos Aires, 2016.

[3] Ver, por ejemplo, el caso "Belén", en **https://www.pagina12.com.ar/28508-quien-me-devuelve-los-tres-anos-que-pase-presa** [enlace verificado el 11 de junio de 2018].

[4] En este sentido, ver COMISIÓN SOBRE TEMÁTICAS DE GÉNERO DE LA DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *Causas Penales por Aborto Propio en Argentina*, Buenos Aires, 2018.

[5] REDAAS, CEDES, ELA, *Las cifras del aborto en la Argentina*, Buenos Aires, 2018.

[6] Encuesta sobre uso del tiempo, Argentina, 2013; Ministerio de Economía, EPH [INDEC], 2012.

Además, la criminalización del aborto, incluso con causales de excepción como existe actualmente en la Argentina en el art. 86 del Código Penal, es la instrumentalización del cuerpo de las personas con capacidad de gestar. Es decir, la utilización de nuestro cuerpo como un medio para un fin ulterior —la defensa de la familia, la reproducción de la especie— considerado más valioso que nuestros deseos o necesidades. No hay en nuestro sistema jurídico una norma que obligue a los varones a poner su cuerpo al servicio de la paternidad. La prohibición de la instrumentalización de la personas con fines ulteriores a los propios, en el contexto del aborto, fue abordada por la Corte Suprema en el caso "F., A.L. s/medida autosatisfactiva". Allí se afirmó: "de la dignidad de las personas, reconocida en varias normas convencionales [...], se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribe que sean tratadas utilitariamente. [... El] postulado, derivado del mencionado principio [...] impide exigirles a las personas que realicen, en beneficio de otras o de un bien colectivo, sacrificios de envergadura imposible de conmensurar".[7]

La penalización del aborto no está justificada desde una perspectiva de política criminal y, además, viola el derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres y personas con capacidad de gestar en el ejercicio de nuestra autonomía reproductiva, salud, vida y dignidad. Es una norma ineficaz e injusta y, por eso, debe ser legalizado. Los legisladores y las legisladoras están ante la oportunidad histórica de saldar una de las mayores deudas de la democracia. Es el momento para demostrar que nos respetan como sujetos de derecho, con igualdad civil y política, y que lo que nos pasa es importante.

[7] Corte Suprema de Justicia de la Nación, "F., A.L. s/medida autosatisfactiva", 2012.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 6, pp. 8-16

ABORTO: ADIÓS AL DERECHO PENAL [*]

Cecilia Marcela HOPP LL.M.[**]

Fecha de recepción: 25 de mayo de 2018
Fecha de aprobación: 30 de mayo de 2018

I. Introducción

El actual debate sobre diversos proyectos de ley que proponen la legalización del aborto puede ser discutido desde varios puntos de vista. En este breve escrito enfocaré mis argumentos en fundamentar que resulta correcto y adecuado abandonar la criminalización como forma de regulación del aborto. Consecuentemente, sostengo que debemos dejar de presentar las discusiones sobre aborto como temas de política criminal, a fin de comprender las propuestas de legalización como parte del respeto y promoción de los derechos sexuales y (no) reproductivos de las mujeres y personas con capacidad de gestar.

II. Los principios básicos del derecho penal

Frecuentemente comenzamos los cursos sobre derecho penal discutiendo los límites que impone una constitución liberal a la potestad del Estado de criminalizar comportamientos humanos. Así, sostenemos que el principio de *ultima ratio* impone una política criminal limitada, que solamente penalice conductas sobre las que exista un consenso prácticamente unánime acerca de que son merecedoras de reproche penal.[1] En concordancia con este principio, sostenemos que

[*] El presente artículo reproduce los argumentos expuestos en la ponencia presentada en el XVIII Encuentro de Profesores de Derecho Penal y VIII Jornadas Nacionales de Derecho Penal, el 11 de mayo de 2018 en la Universidad de Cuyo, Mendoza.

[**] Abogada (UBA). Especialista en Derecho penal (UTDT). LL.M. (NYU School of Law).

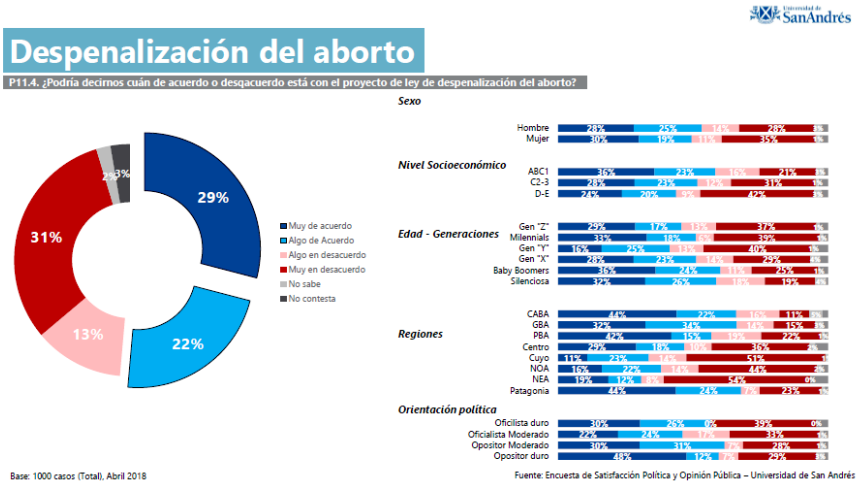
[1] STRATENWERTH sostiene que: "[e]n una sociedad abierta y pluralista la profunda diversidad de opiniones sobre las normas sociales puede aceptarse no sólo como una cuestión inevitable, sino también, como la legítima expresión principista de la discusión libre de los problemas sociales. Por estas razones resulta incompatible con estos principios, declarar como criminal a un determinado comportamiento sólo porque contraviene la concepción de la mayoría […]" y agrega que: "[…] la estigmatización de un comportamiento como criminal debe limitarse a la lesión de aquellas normas sobre las que existe un consenso prácticamente

como mínimo la conducta amenazada con pena debe dañar o poner en peligro un bien jurídico. Sin embargo, no todos los bienes jurídicos reconocidos deben ser protegidos a través del derecho penal. La falta de consenso acerca de la necesidad de criminalizar es un motivo para no hacerlo; la inefectividad de la ley penal para prevenir el daño al bien jurídico es otra razón válida para no utilizar esta herramienta, especialmente si se dispone de otras que permitan una mayor protección con menor uso de violencia. Estos principios también se enlazan con la finalidad de la pena que, según muchos autores, consiste en reafirmar la vigencia de los valores sociales reflejados en la norma infringida, es decir, la pena tendría la función de estabilizar un sistema normativo/valorativo básico para la convivencia social pacífica.

En la actualidad, no es posible afirmar que se cumplan estos principios mediante el mantenimiento de la norma que criminaliza el aborto.

1. En primer término, tal como lo demuestra el cuadro que refleja la encuesta realizada por la Universidad de San Andrés durante el mes de abril de 2018, existen profundos desacuerdos y fuertes divisiones en la población argentina acerca de si debería despenalizarse el aborto. Como se observa, el 51% de las personas encuestadas está "muy de acuerdo" o "algo de acuerdo" con la despenalización, en tanto que hay un 31% "muy en desacuerdo" y un 13% "algo en desacuerdo", lo que constituye un 43% del total de encuestados en contra de la despenalización. A ello debe sumarse que hay regiones en las que el acuerdo con la despenalización llega al 66% (Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Gran Buenos Aires) y 68% (Patagonia). Así, la norma parece haber perdido legitimidad desde el punto de vista del principio de *ultima ratio*.

ilimitado con las que, por lo menos, en general es posible conformarse", STRATENWERTH, *Derecho Penal. Parte General, I. El hecho punible* (traducción de la 2.ª ed. alemana a cargo de Gladys ROMERO), Madrid, Edersa, 1982 (1976) pp. 6-7.



2. En segundo lugar, aun cuando se reconozca que la interrupción del embarazo compromete la vida en gestación y que la vida en gestación es un bien jurídico merecedor de protección, ello no implica que esa protección deba realizarse a través de la amenaza penal. Más aun, tanto el principio de *ultima ratio* como el de proporcionalidad exigen que, en caso de existir varias formas efectivas de protección de un bien jurídico, debe utilizarse la menos violenta[2] y la que menor sacrificio suponga para otros derechos involucrados. En el caso de la protección de la vida en gestación, las estimaciones indican que en la Argentina se realizan entre 370.000 y 520.000 abortos al año,[3] en tanto que solamente se registraron 167 denuncias por aborto propio entre 2011 y 2016, de las cuales apenas dos llegaron a una condena y una a la suspensión del juicio a prueba.[4] A partir de estos datos, debe concluirse que: a) la masividad del recurso al aborto es

[2] ROXIN, *Derecho penal, Parte general,* t. I (traducción a cargo de Diego LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Javier DE VICENTE REMESAL), Madrid, Civitas, 1997 (1994), p. 65.

[3] Los datos surgen de una investigación encomendada por el Ministerio de Salud de la Nación a Edith PANTELIDES y Nélida MARIO, publicada en "Estimación de la magnitud del aborto inducido en la Argentina", *Notas de Población* vol. 35, n.º 87, Santiago de Chile, CEPAL, 2009, pp. 95-120. Disponible en: http://www.cepal.org/es/publicaciones/37695-notas-de-poblacion-ndeg-87 [enlace verificado el 13 de abril de 2018] y varían según el método de estimación aplicado.

[4] Los datos fueron relevados por la Defensoría General de la Nación. Agradezco a Julieta DI CORLETO habérmelos facilitado y la discusión acerca de las implicancias de estas cifras. La investigación de DI CORLETO

consistente con la encuesta de opinión citada, que revela convicciones divergentes respecto de la regulación del aborto. Cada año, cerca de medio millón de mujeres declaran que una norma así no debería regir sus cuerpos, sus sexualidades y sus autonomías; b) no existe un verdadero interés estatal y social en perseguir penalmente el aborto. En definitiva, la norma penal no "protege" el bien jurídico y no hay un verdadero interés —o capacidad— de estabilizar la norma.

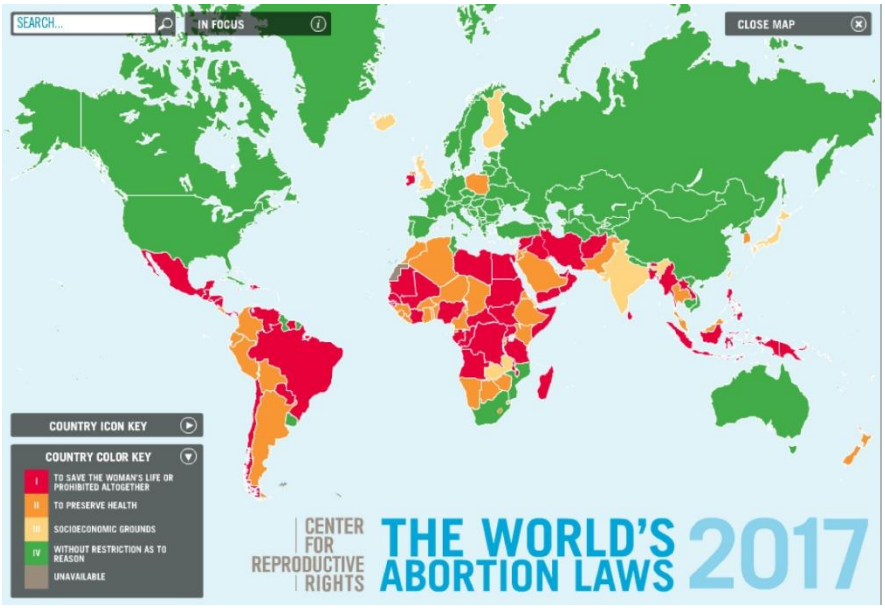
En ese sentido, podría plantearse como alternativa a la criminalización, la protección de la vida en gestación a través de políticas de educación sexual integral y prevención de embarazos no deseados. A ello debe sumarse la protección del embarazo, a partir de la ayuda estatal a las mujeres, a fin de que cuenten con las condiciones necesarias para poder llevar adelante la gestación, tal como lo sugiere el art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional.

Otra forma de proteger la vida en gestación es la que se denomina como "protección incremental" y es consistente con un sistema de plazos, en el que se permite el aborto temprano a demanda y se restringe en etapas más avanzadas, en atención a que la vida en gestación adquiere mayor peso conforme avanza su desarrollo.

El cuadro que se observa a continuación muestra que una gran cantidad de países cuentan con un sistema de plazos (países de color verde); los que se encuentran coloreados de amarillo y naranja (entre ellos, nuestro país) cuentan con sistemas de indicaciones más o menos amplios, que también ponderan la protección de la vida en gestación con otros derechos. Esto demuestra que países que han servido de ejemplo a seguir en sus desarrollos jurídicos han adoptado caminos distintos en el compromiso de ponderar la vida en gestación y la autonomía, salud, vida y dignidad de las mujeres. Sobre ello, no puede olvidarse que nuestro sistema jurídico reconoce la prevalencia del derecho a la salud o la vida de la mujer y su dignidad, al no forzarnos a continuar embarazos que nos ponen en peligro o que son producto de violación. Ello da cuenta de que de ninguna manera el derecho argentino equipara la vida en gestación con la ya nacida. Al respecto, basta recordar que la pena máxima del aborto es sensiblemente menor que la de la estafa.

---

indica que el sistema penal castiga a las mujeres pobres que abortan mediante la "pena de proceso" pero que los jueces siempre han sido reticentes a aplicar una sanción penal. Por este motivo, en su exposición en la reunión plenaria de comisiones del 26 de abril de 2018, DI CORLETO concluyó que la norma penal constituye un dispositivo discriminatorio que impone a las mujeres la maternidad como única identidad válida. Puede consultarse su intervención en **https://www.youtube.com/watch?v=gAcNEOhqSok** [enlace verificado el 3 de junio de 2018].



Mapa mundial de las leyes sobre aborto, elaborado por *Center of Reproductive Rights,* disponible en http://www.worldabortionlaws.com/ [enlace verificado el 3 de junio de 2018].

3. Finalmente, la penalización del aborto no constituye hoy la estabilización de valores sociales y normativos. Por el contrario, a más de no verificarse la aplicación de la norma, se advierte que, en los últimos trece años, la prohibición del aborto generó reacciones sociales adversas a la valoración reflejada en la norma. En efecto, en el año 2005 se creó la Campaña Nacional por el Aborto Legal, Seguro y Gratuito, organización que nuclea una enorme cantidad de agrupaciones movilizadas en torno al reclamo por la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo. Asimismo, a partir de 2009 se multiplicaron las estrategias que han tendido a resignificar la experiencia del aborto, tanto desde el punto de vista material, como simbólico. Ese año, la agrupación Lesbianas y Feministas por la Descriminalización del Aborto pusieron en funcionamiento la línea telefónica "Aborto: más información, menos riesgos", que desde entonces atiende consultas sobre el uso de misoprostol para abortar. Luego, esta organización creó un manual que explica en forma sencilla el procedimiento para realizarse un aborto con medicamentos, sin necesidad de acudir al sistema de salud. Esta estrategia fue replicada a lo largo y ancho del territorio argentino, y se crearon consultorías en las que se realiza acompañamiento

previo, durante y posterior al aborto. De esta forma, muchísimas mujeres abortaron en forma segura y sin estigma, desafiando abiertamente la ley.

Frente a una ley que concebimos injusta, muchas mujeres nos rebelamos a través de nuestras prácticas en el acompañamiento y realización de abortos y también hemos ocupado las calles con nuestro reclamo para que se modifique la ley.

De acuerdo con estas reflexiones, la vigencia de la norma permanece en el plano meramente simbólico y no produce los efectos materiales que discursivamente propone. Pero ¿qué simboliza? La inefectividad de la persecución penal no implica que la ley carezca de efectos en la realidad. Debe atenderse a los efectos reales de la criminalización: la clandestinidad del aborto engrosa las cifras de muertes por causas obstétricas, pues constituye en nuestro país la primera causa de muerte "materna". [5] Asimismo, las hospitalizaciones por abortos inseguros ascienden en la actualidad a 49.000.[6] De ello se sigue que la norma no resulta efectiva para evitar abortos, pero tiene efectos reales, que consisten en muertes y peligros para la salud de miles de mujeres e imponen costos exacerbados no solamente para su derecho a la salud y la vida, sino que también representan una grave carga para el sistema sanitario, que debe atenderlas.

Por lo tanto, la criminalización del aborto reporta escaso éxito en términos preventivos y causa severos males que deben ser soportados por las mujeres, lo que pone en crisis la regulación, por resultar una restricción desproporcionada a la salud, la vida y la autonomía de las mujeres.

En el siguiente apartado, analizaré las implicancias materiales y simbólicas de la actual regulación del aborto y aportaré razones para su modificación.

III. La imposibilidad de implementar el sistema de indicaciones

[5] Ello es así según datos del Ministerio de Salud de la Nación, disponible en: **http://www.deis.msal.gov.ar/wp-content/uploads/2016/09/2016-Tabla40.html** [enlace verificado el 3 de junio de 2018].

[6] Último dato disponible: "Egresos de establecimientos oficiales por diagnóstico – 2013", Serie 11, n.º 14, Dirección de Estadísticas e Información de Salud, Ministerio de Salud de la Nación, 2015, disponible en: **http://www.deis.msal.gov.ar/index.php/serie-11-estadisticas-de-servicios-de-salud/** [enlace verificado el 3 de junio de 2018].

La ley de 1921 declara que la salud, la vida y la dignidad de las mujeres deben prevalecer frente a la vida en gestación. No obstante, durante aproximadamente noventa años no se verificaron esfuerzos estatales por cumplir con ese compromiso. A pesar de contar con indicaciones relativamente amplias, los derechos que debían prevalecer permanecían subordinados a la vida en gestación debido a la falta de implementación de la norma.[7]

Las demandas de niñas y mujeres que comenzaron a requerir el cumplimiento de la ley y el acceso a los abortos legales desestabilizaron la prohibición total *de facto* y ello empujó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a pronunciarse sobre las disputas interpretativas acerca de la norma. En el histórico precedente "F., A. L.",[8] la Corte exhortó al Estado nacional y a los gobiernos locales a garantizar el acceso a los abortos permitidos. A pesar de ello, aún hoy, seis años después, sigue habiendo dificultades y disparidades en su acceso en algunas regiones del país.[9]

Las dificultades en la implementación del sistema de indicaciones no representan una peculiaridad de la Argentina. Todos los países que prohíben el aborto como regla general y lo permiten mediante causales presentan dificultades para garantizar las prácticas permitidas por la ley, debido a la inseguridad jurídica que genera el sistema.[10] La constatación de este defecto estructural llevó a la Corte Suprema de Canadá a declarar la inconstitucionalidad de un sistema de indicaciones similar al argentino, toda vez que el verdadero compromiso con la prevalencia de la vida, la salud y la dignidad de las mujeres requiere un sistema que elimine la arbitrariedad y garantice el acceso a la práctica legal.[11] Es decir que aun quien no esté de acuerdo con que el derecho a la autonomía de la mujer deba prevalecer por regla general sobre la vida en gestación y

---

[7] BERGALLO, "La lucha contra las normas informales que regulaban el aborto en la Argentina", en COOK, ERDMAN y DICKENS (eds.), *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 2016.

[8] CSJN, "F., A. L. s/ Medida autosatifactiva", 13 de marzo de 2012 (Fallos: 335:197).

[9] AAVV, *Las cifras del aborto en la Argentina*, Buenos Aires, ELA, REDAAS, CEDES, 2018, pp. 6-7, disponible en: **http://larevuelta.com.ar/wp-content/uploads/2018/03/El-aborto-en-cifras-CEDES-ELA-REDAAS-1.pdf** [enlace verificado el 3 de junio de 2018].

[10] Ver las experiencias en varios países del mundo en *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias*, *supra* nota 7.

[11] "Morgentaler", 1 S.C.R. 30, 115, 1988, disponible en **http://www.womenslinkworldwide.org/en/files/2902/gjo-r-v-morgentaler-1988-scc-100208-en-pdf.pdf** [enlace verificado el 3 de junio de 2018]. Véase también la intervención de ERDMAN en el debate en comisión plenaria sobre aborto en el Congreso de la Nación del 24 de mayo de 2018.

considere que solamente existe una justificación valorativa para permitir la interrupción de embarazos en caso de peligro para la vida, la salud o cuando el embarazo fuera el resultado de una violación, debe comprometerse con la necesidad de legalizar el aborto en etapas tempranas del embarazo.

Subordinar *de iure* o *de facto* derechos básicos de las mujeres y personas con capacidad de gestar implica instrumentalizarnos de manera inaceptable. En efecto, la imposición de continuar un embarazo no deseado y la consecuente obligación de parir implican siempre una instrumentalización porque se nos impone una opción que supone riesgos elevados para la salud y la vida, frente a la opción menos arriesgada del aborto.

Es interesante señalar que en el *common law* la criminalización del aborto surgió como forma de proteger la salud y la vida de las mujeres. En efecto, en tiempos pretéritos el aborto resultaba una práctica extremadamente riesgosa cuya mortalidad superaba la derivada del embarazo y del parto.[12] Por el contrario, en la actualidad el aborto es una práctica extremadamente segura en países que lo permiten, mientras que se calcula que el parto representa en la Argentina una opción que resulta entre 80 y 160 veces más peligrosa.[13]

Resulta inaceptable una imposición de tales dimensiones por parte del Estado.

IV. La criminalización del aborto como discriminación y violencia

De acuerdo con los argumentos expuestos, se debe concluir que la regulación del aborto constituye un mecanismo de estigmatización de identidades femeninas que se desvían del destino de la maternidad, de sexualidades femeninas no reproductivas y encaminadas al goce. Ninguna ley destina los cuerpos y las sexualidades masculinas a estos u otros fines hétero-impuestos.

La norma refleja valoraciones sociales de la época en la que fue sancionada, cuando las mujeres no éramos ciudadanas, no votábamos, no podíamos presentarnos a elecciones y éramos consideradas incapaces de ejercer nuestros derechos sin representación de un hombre. La ley

[12] MEANS, "The Laws of New York Concerning Abortion and the Status of the Foetus, 1664-1968: A Case of Cessation of Constitutionality", en *New York Law Forum*, t. 14, n.º 3, 1968, pp. 411-515.
[13] Por ejemplo, en EE.UU. la mortalidad por aborto es de 0,7 cada 100.000, GONZÁLEZ PRADO, *Aborto y autonomía sexual de las mujeres*, Buenos Aires, Didot, 2018.

presenta, por tanto, una ilegitimidad de origen, un déficit democrático de especial gravedad, por reforzar estereotipos que subordinan a las mujeres y marginan a las que se desvían de roles y deseos tradicionales.

Esta estigmatización se materializa en la violencia obstétrica que afecta a todas las mujeres que acuden a instituciones médicas para ser atendidas luego de un aborto, sea inducido o espontáneo.[14]

Las estadísticas que dan cuenta de una sostenida y elevada cifra de mortalidad revelan la subordinación del derecho a la vida y la salud de las mujeres. Esto también se evidencia en las muertes y hospitalizaciones por abortos inseguros.

Finalmente, la persistencia de desigualdades en las cargas del trabajo de cuidado de las hijas y los hijos privan a las mujeres de oportunidades de educación y trabajo, lo que pone en peligro nuestra subsistencia e independencia económica.

Decir que nos queremos vivas y libres implica abandonar la criminalización del aborto y garantizar el acceso a la interrupción de embarazos en forma segura y gratuita.

[14] CARTABIA, "El derecho a la salud y al aborto: El punto ciego", en *Revista Derechos Humanos*, año III, n.º 8, Buenos Aires, Infojus, 2014, p. 31, disponible en: **http://www.saij.gob.ar/sabrina-cartabia-derecho-salud-al-aborto-punto-ciego-dacf150279-2014-12/123456789-0abc-defg9720-51fcanirtcod** [enlace verificado el 3 de junio de 2018].

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 6, pp. 17-26

EL ABORTO Y EL DERECHO A LA VIDA DESDE LA CONCEPCIÓN[*]

Prof. Dr. Eduardo RIVERA LÓPEZ[**]

Fecha de recepción: 22 de mayo de 2018
Fecha de aprobación: 29 de mayo de 2018

I. Introducción

Un argumento fundamental (quizá el más fundamental) esgrimido por quienes se oponen a la permisión moral y jurídica del aborto es que el embrión (o el feto) es un ser humano desde el momento de la concepción y el aborto viola el derecho a la vida de este ser humano. Dado que se supone que el derecho a la vida es un derecho básico que poseen todos los seres humanos por igual, independientemente de su edad, etnia, religión, capacidades, o cualquier otra característica, este argumento se presenta como concluyente, inapelable. No hay ningún dato acerca de las consecuencias de la permisión o de la prohibición, en términos de la vida, los derechos o la salud de las mujeres, que pueda conmover a quien cree en ese argumento. Por eso, independientemente de que creamos o no que esta discusión es relevante (en mi opinión lo es), parece que el único modo de avanzar es embarcándose en la cuestión de si el feto es una persona con un derecho a la vida desde la concepción o no. Mi propósito no es, obviamente, *probar* que no lo es. Más modestamente, busco varios objetivos más específicos que, en conjunto, pueden constituir un buen caso para pensar que no lo es, al menos durante el primer trimestre de gestación. En primer lugar, busco aclarar por qué la (frecuente) apelación a la ciencia no puede conseguir lo que muchas veces se pretende (sección II). En segundo lugar, muestro que al menos dos argumentos frecuentes a favor de la tesis de que hay un derecho a la vida desde la concepción fallan (sección

[*] Esta nota de opinión recoge, combina y levemente amplía material que se encuentra en diversas notas periodísticas aparecidas con ocasión del debate sobre el aborto que se viene desarrollando en nuestro país; básicamente, las publicadas en *Infobae, Bastión Digital* y *Telam*, así como mi presentación ante la Cámara de Diputados de la Nación. Dado que se trata de una nota de opinión, he omitido citas bibliográficas. De cualquier modo, la mayoría de lo que afirmo no es original, sino que se encuentra fácilmente en la literatura bioética.

[**] Licenciado en Filosofía (UBA) y Doctor en Ciencias Políticas (Universidad de Mainz, Alemania). Actualmente, profesor-investigador de la UTDT e investigador independiente del CONICET. Contacto: erivera@utdt.edu.

III). Luego, argumento a favor de que existen otros momentos del desarrollo embrionario que son tan o más plausibles que la concepción como momentos para determinar el comienzo de la personalidad moral (sección IV). A continuación, explico otra razón por la cual la tesis del comienzo de la persona en la concepción no es plausible, a saber, que resulta incompatible con muchas otras creencias y actitudes compartidas (sección V). Finalmente, en la conclusión (sección VI), hago algunas reflexiones sobre qué se sigue de estos argumentos para la cuestión de la permisión jurídica del aborto en una sociedad democrática.

II. El aborto y la ciencia

El argumento más básico en contra de la permisión moral y jurídica del aborto es, entonces, que el embrión es un ser humano desde la concepción y, dado que todos los seres humanos tienen un derecho igual a la vida, el aborto sería una violación flagrante a ese derecho.

La primera aclaración necesaria sobre este argumento se refiere al papel de la ciencia (más concretamente, en este caso, de la biología o la embriología). La apelación a la ciencia suele utilizarse por quienes defienden el argumento que acabo de presentar en contra de la permisión moral y legal del aborto. La idea, en forma resumida, es que la ciencia ha determinado de modo incontrovertible que la vida humana comienza con la concepción. Más precisamente, en el momento en el que se produce la fertilización del óvulo por el espermatozoide, nos diría la ciencia, se produce la unión del genoma paterno y el materno, lo que conforma un único genoma y, con ello, queda constituido un nuevo ser humano, una nueva persona individual y única. Destruirla es destruir un ser humano ya conformado. Es, por lo tanto, equivalente a un homicidio.

Este argumento comete un error fundamental (que es una forma de lo que en filosofía se denomina "falacia naturalista"). Utiliza la autoridad epistémica que solemos atribuirle a la ciencia con el fin de hacerle decir algo que la ciencia nunca podría decir (ni negar). La ciencia empírica (cualquiera sea y cualquiera sea su grado de avance) solo nos da información fáctica, es decir, acerca de hechos, y nos ofrece explicaciones de esos hechos. Pero el concepto de persona, es decir, de un ser que es poseedor de derechos (entre ellos, el derecho a la vida), es un concepto normativo, moral o jurídico, no un concepto fáctico. Por más que hurguemos en el embrión, en el feto o en un ser humano adulto, no vamos a encontrar un hecho biológico que haga, automáticamente, que sea (o deje de ser) una persona moral. Ser una persona moral es un atributo normativo que les otorgamos a los seres (biológicos) que poseen ciertas propiedades que, a través de argumentos *no* científicos (sino filosóficos), justifican ese atributo normativo.

Obviamente, todo esto no significa que la ciencia sea inútil en la discusión sobre el aborto. Todo lo contrario. Justamente, la ciencia puede darnos la información necesaria para detectar en un ser biológico aquellas propiedades que, por argumentos independientes (no científicos), consideramos necesarias y suficientes para atribuirle a un individuo la categoría de persona (con derechos).

Allí se inicia entonces una discusión más significativa acerca de cuáles son las propiedades que algo tiene que tener para que merezca tener un derecho a la vida. La ciencia nos dice (supongamos) que, en el momento de la fertilización, se produce la singamia, es decir, la conformación de un nuevo genoma perteneciente a nuestra especie. ¿Es esto suficiente para considerar que el individuo resultante (el embrión) es una persona, en el sentido normativo (que es el que nos interesa)? La ciencia nos dice (supongamos) que, en el momento de la implantación, el embrión queda conectado al endometrio. ¿Es esto suficiente para que estemos frente a un individuo con un derecho a la vida? La ciencia nos dice (supongamos) que, antes de la semana veintidós, el sistema nervioso no está suficientemente desarrollado como para que podamos hablar de estados mentales (sensaciones o percepciones). ¿Es esto relevante para determinar un antes y un después en términos de otorgar un derecho a la vida?

Estas son preguntas válidas y me ocuparé (siquiera brevemente) de ellas en las secciones siguientes, pero antes, insisto, debemos despejar definitivamente el error de pensar que es la ciencia la que va a responder estas preguntas. Estemos alertas cuando nos dicen que tal o cual cuestión moral o jurídica ya está saldada por la ciencia, o que el avance de la ciencia ya la resolvió. No puede ser así.

Aclarado este punto, podemos preguntarnos: ¿es defendible la tesis (filosófica) según la cual todos los seres humanos (es decir, todos los organismos vivos pertenecientes a la especie humana) son personas morales desde la concepción? No basta con enunciar genéricamente, por ejemplo, que se está a favor de la vida, o de la vida humana. Este enunciado no va más allá de repetir aquello que se quiere probar: que todos los organismos biológicamente humanos tienen

automáticamente un derecho a la vida desde la concepción. Es necesario ofrecer un argumento adicional.[1]

III. Dos argumentos posibles a favor de la tesis de la persona desde la concepción

Consideremos dos posibles argumentos, que han sido presentados en diversas ocasiones durante el presente debate en nuestro país.

Un argumento sostiene que el derecho a la vida debe concederse a todo ser biológicamente humano desde la concepción porque, de otro modo, abrimos la puerta para que a cualquier ser humano que no sea aceptado por las convenciones vigentes pueda serle negado ese derecho: personas de otra etnia o religión, personas discapacitadas, enfermas, ancianas, etc. Este tipo de argumento, que se suele denominar "de pendiente resbaladiza", no cuestiona directamente la práctica en cuestión (en este caso, el aborto) sino las consecuencias aberrantes que podría acarrear la permisión (jurídica) de esa práctica.

Los argumentos de esta clase tienen muchos problemas, pero señalo solamente dos. En primer lugar, se trata de un argumento empírico: afirma que permitir el aborto relajará la igualdad en el derecho a la vida y le quitará la garantía de ese derecho a otras personas. Como tal, merece una evidencia empírica. Más allá de que esa evidencia no suele ofrecerse, no observo que los países que han legalizado el aborto (la mayoría de los países desarrollados) hayan relajados los estándares referidos al derecho a la vida, sino que suelen ser los que más lo respetan. En segundo lugar, si se trata de especular posibles consecuencias de una determinada permisión (como la del aborto), uno se podría cuestionar cuál es el comienzo de la pendiente resbaladiza. También podríamos sostener (de manera igualmente especulativa) que la permisión de la anticoncepción puede acarrear que, en algún momento, se permita el aborto y esto, a su vez, cause la permisión de matar personas indeseables, etc. En otras palabras, la mera especulación acerca de las consecuencias posibles de una práctica no alcanza para ser un argumento en contra de esa práctica.

[1] Aunque no puedo extenderme aquí sobre el punto, es interesante advertir que la tesis de que la pertenencia biológica a la especie humana es la (única) razón por la cual sus miembros poseen personalidad moral puede ser objetada de especismo, es decir, la creencia de que hay especies que son, en sí mismas, superiores a otras. Agradezco a Leandro Dias por llamarme la atención sobre este aspecto.

El segundo argumento (más interesante que el primero) es que si la ciencia nos dice que, desde el momento de la concepción, existe un organismo humano independiente, con características propias, únicas, que se desarrollará paulatinamente hasta convertirse en un ser humano que, sin duda alguna, posee un derecho a la vida, entonces hay razones para otorgar el estatus de persona desde ese momento y no desde cualquier otro momento posterior. Cualquier otro momento posterior (como los tres meses de gestación o el nacimiento) sería arbitrario, mientras que la constitución de un organismo individual independiente no lo es. Además, dado que el derecho a la vida es fundamental, debemos optar por el comienzo que garantice en mayor medida no equivocarnos en contra de ese derecho. Y ese comienzo no puede ser otro que la concepción (entendida como fertilización del óvulo por el espermatozoide).

El problema de este argumento es que sigue explotando, aunque más sutilmente, la confusión entre el concepto de ser humano (biológico) y el de persona (moral). En efecto, sobreestima, como momento no arbitrario para comenzar a considerar un individuo biológico como persona, el momento de la conformación de la identidad genética. Es cierto que, en ese momento, la entidad biológica en cuestión posee ciertas características que se mantendrán a lo largo del desarrollo. Pero muchas otras características no se mantendrán y muchas otras aparecerán solo posteriormente. Considerar la fertilización como el momento crucial en el que comienza la existencia de una persona (moral) es, en realidad, no menos arbitrario que muchos otros momentos del desarrollo embrionario (como la implantación, el desarrollo neuronal, el nacimiento). Es cierto que, dado que el derecho a la vida es muy importante, no queremos errar en contra de él. Pero eso no puede querer decir que debemos maximizar a toda costa esa seguridad. Lo importante es encontrar algún punto que no sea irrazonable y que sea suficientemente seguro dentro de un proceso que es inevitablemente gradual. Si bien el proceso gradual por el que se llega a ser calvo comienza cuando se pierde el primer pelo de una gran cabellera, no llamaríamos calvo a alguien que perdió ese primer pelo, aun cuando quisiéramos estar muy seguros de no errar llamando melenudo a una persona calva. Elegiremos algún punto intermedio en el que aparezca, aunque sea de un modo incipiente, el fenómeno de la calvicie. Ese punto será siempre arbitrario o convencional en alguna medida, pero será suficiente para asegurarnos de no cometer errores.

IV. ¿Cuándo comienza entonces la persona?

En tren de encontrar un punto seguro en el desarrollo embrionario (en el sentido de que nos garantiza no estar violando el derecho a la vida de una persona moral), una propuesta posible (y

plausible a mi juicio) es que el desarrollo neuronal sea suficiente como para permitir alguna clase de vida mental. Bien puede pensarse que este punto es menos arbitrario que la concepción, porque alude a propiedades que están conectadas de un modo más plausible con el hecho de ser una persona moral: tener percepciones, sensaciones, deseos, conciencia, etc., todos rasgos necesarios (o al menos relevantes) para que podamos hablar de un miembro de la comunidad moral. De hecho, la ausencia definitiva de cualquier clase de vida mental es lo que hace moralmente plausible la muerte cerebral, que es unánimemente aceptada como criterio de muerte, jurídicamente hablando, en nuestro país y en la mayoría de los países del mundo.[2]

Una objeción interesante a este argumento (y que ha sido planteada en el presente debate en nuestro país) es que tomar la actividad cerebral como criterio para el comienzo de la persona (moral) lleva a la conclusión absurda (o aberrante) de que una persona en coma (que no posee actividad cerebral detectable), pero que se recuperará en unas semanas, no tendría derecho a la vida, dado que al no tener actividad cerebral no tiene estados mentales y, por lo tanto, no es una persona. La respuesta (habitual en la literatura bioética) a esta objeción es que existe una diferencia crucial entre este caso y el de un embrión o un feto (al menos dentro del primer trimestre). Este último nunca tuvo, en el pasado, estados mentales de ninguna clase, de modo que su muerte no interrumpe ningún proceso moralmente valioso: no frustra ningún deseo, no coarta ningún plan, no interrumpe una vida personal ya iniciada. En cambio, la persona en coma (que se despertará en unas semanas) sí tuvo estados mentales anteriores, cuya continuidad hacia el futuro sí sería destruida si se le diera muerte: todos sus deseos, aspiraciones, planes, etc. serían frustrados. Esta es la razón por la cual, en el caso de la muerte cerebral, queremos estar muy seguros, no solamente de que el paciente carece completamente de actividad cerebral (porque ello nos garantiza que no posee estados mentales de ninguna clase), sino también de que no la recuperará. En el caso del embrión o el feto temprano, el hecho de que vaya a poseer estados mentales en el futuro (y, de hecho, se convierta en una persona con pleno derecho a la vida) no

[2] No es mi intención presionar aquí con la analogía entre la muerte cerebral y el comienzo de la actividad cerebral. Muchos consideran que la muerte cerebral es la muerte del individuo, no porque se haya producido el cese definitivo de la vida mental, sino porque el organismo ha dejado definitivamente de funcionar como un todo (es decir, como un organismo integrado). Dentro de esta discusión, mi opinión es que no es esto último lo que habilita a considerar la muerte cerebral como la muerte del individuo, desde el punto de vista moral. Lo que justifica la muerte cerebral es, efectivamente, el cese definitivo de toda actividad mental.

implica que sea una persona antes de poseer estados mentales, dado que su muerte no interrumpe ninguna vida mental anterior.

V. La tesis de la persona desde la concepción y nuestras convicciones comunes

Con lo argumentado hasta aquí no pretendo haber encontrado una prueba concluyente de que el comienzo de la actividad mental es un mejor criterio que la concepción para determinar el comienzo normativo de la persona. Los problemas morales difíciles como el del aborto no admiten respuestas absolutamente concluyentes ni pruebas inapelables. Lo que buscamos, más bien, es que nuestras conclusiones sean razonables y que sean consistentes con otras creencias que compartimos. La idea de que el aborto, al menos durante el primer trimestre, no representa una afectación del derecho a la vida de ninguna persona existente no solamente es razonable, sino que se encuentra en un buen equilibrio con otras creencias que, me animo a sospechar, los opositores a la permisión del aborto también comparten, aunque quizá, de un modo implícito o no totalmente consciente. Veamos algunas de ellas:

1. En las técnicas de reproducción asistida, que se realizan ampliamente en nuestro país y en el resto del mundo, se manipulan embriones humanos en el laboratorio y, en reiteradas ocasiones, los embriones "sobrantes" (es decir, no transferidos al útero de una mujer) son congelados, en muchos casos, de manera permanente. En muchos países (no hay legislación al respecto en la Argentina todavía), esos embriones no transferidos son a veces descartados o utilizados para la investigación (y luego descartados). Frente a esto, no pensamos que se trata de una práctica aberrante, como sería manipular en un laboratorio personas indefensas, congelarlas indefinidamente, dejarlas a merced de que otros decidan descongelarlas y permitirles su desarrollo, etc. Nada de esto. La práctica de la reproducción asistida, aun cuando implique el congelamiento o el descarte final de embriones humanos, es una práctica aceptable y civilizada. Más aun, muchos/as de los/as diputados/as y senadores/as que en estos días deben decidir su voto a favor o en contra de la permisión del aborto han votado a favor de la ley 26.862, que otorga financiamiento estatal a estas técnicas (de hecho, fue una ley aprobada por casi unanimidad).[3]

[3] Se ha argumentado que estos embriones no tienen el mismo estatus que los producidos en la reproducción natural, porque estos últimos han sido concebidos "en el seno materno". El derecho a la vida comenzaría a

2. En la reproducción humana natural (no asistida) más de la mitad de los embriones muere en el camino, muchos de ellos antes de la implantación y otros luego de esta. Si esos embriones (fecundados "en el seno materno") fueran vidas humanas valiosas, niños y niñas con un derecho a la vida, tendríamos que considerar esas muertes como una desgracia natural inaudita. Debería haber campañas y políticas para reducir la "mortalidad embrionaria", tal como existen campañas y políticas para reducir la mortalidad infantil (de hecho, la mortalidad embrionaria sería parte de la mortalidad infantil). Pero no existe ninguna campaña de este tipo, ni consideramos ninguna desgracia que ocurran esas pérdidas. A lo sumo, lo vemos como un hecho a veces lamentable por frustrar el deseo de una mujer o una pareja de tener hijos.

3. Como sabemos, el aborto se realiza de forma ilegal cotidianamente en nuestro país (y en otros países). Si bien las cifras no son seguras y los que se oponen a la despenalización del aborto suelen ponerlas en duda, es indiscutible que, cada año, se realizan miles y miles de abortos ilegales. Frente a esto, no pensamos que estamos frente a una suerte de genocidio de personas inocentes e indefensas, como sería el caso si se tratara de matar miles de niños o niñas por año. Nada de eso. Pensamos, en todo caso, que se trata de algo desgraciado, que debería evitarse, pero no que se trata de una masacre.

4. Bajo ciertas condiciones, el aborto es ya legal en la Argentina: cuando el embarazo es producto de una violación, cuando está en riesgo la vida de la mujer embarazada o cuando está en riesgo su salud. Frente a esto, no pensamos que la legislación permite el homicidio (o más precisamente, el asesinato), como sería el caso de una legislación que permitiera matar intencionalmente personas inocentes e indefensas por el hecho de que otra persona ha sido violada o está en riesgo su vida o su salud. Nada de esto. Más allá de nuestra actitud frente a la despenalización total del aborto, no creemos que un aborto en caso de violación o riesgo para la vida de la mujer embarazada sea equivalente a un homicidio.

5. En los casos en los que el aborto es punible en nuestro país, las penas establecidas son mucho menos severas que las penas por asesinato (que, en este caso, dada la indefensión de la

partir de la concepción en el seno materno, no simplemente de la concepción (a secas). Sin embargo, esta salida (para hacer consistente la tesis de la personalidad a partir de la concepción con la reproducción *in vitro*) es totalmente *ad hoc*. Si lo que hace que comience el ser humano con un derecho a la vida es la fecundación y la conformación de un nuevo genoma, el hecho de que esto ocurra *in vitro* o en el seno materno es completamente irrelevante.

víctima, podría ser incluso considerado con alevosía). Frente a esto, no creemos que se trata de una inconsistencia normativa grave, como sería el caso si, por ejemplo, se castigara con una pena mucho menor el homicidio de personas menores de diez años que el homicidio de personas adultas (o a la inversa). Nada de esto. Más allá de nuestra posición general sobre el aborto, creemos que la legislación sobre el tema no comete tamaña desigualdad de trato ni viola los derechos humanos de nadie por el hecho de ser mucho más severa con el homicidio que con el aborto.

Si nos detenemos un momento a pensar sobre estos cinco puntos, probablemente lleguemos a la conclusión de que la idea de que el aborto implica matar a un ser humano indefenso, similar a matar a un ser humano *nacido* indefenso, explícita o implícitamente, es rechazada por casi todo el mundo. O al menos lo es por cualquiera que coincida conmigo en los puntos señalados (o siquiera con alguno de ellos). Insisto: puede ser que alguien los rechace. En ese caso, habrá que recurrir a argumentos más básicos, como los que discutí en las secciones anteriores. Pero estoy seguro de que la mayoría de quienes leen esta nota coincidirán con ellos. Esto pone un piso de consenso básico, a partir del cual la discusión puede ser mucho menos dogmática y, por lo tanto, mucho más fructífera. Veamos por qué.

Supongamos que aceptamos estos cinco puntos: las técnicas de reproducción asistidas no son homicidas, las muertes naturales de embriones no son una desgracia, los abortos ilegales no son un genocidio, los abortos legales tampoco, la legislación punitiva actual no es discriminatoria con los "seres humanos no nacidos". La pregunta que debemos hacernos es si aceptar esto es consistente con rechazar una permisión amplia del aborto (al menos durante el primer trimestre). Porque coincidir con estos puntos implica que no creemos que la persona humana comience con la concepción (la fertilización), ni con la implantación. Implica que un aborto es algo diferente al homicidio, algo mucho menos grave, algo que en muchas ocasiones toleramos o incluso aceptamos como permisible. Implica, en definitiva, que no creemos que el embrión y el feto (al menos en sus primeras etapas) tengan derechos similares a los que tienen las personas ya nacidas: derecho a la vida, a la integridad física, a desarrollarse libremente, etc.

En definitiva, la idea de que, al menos durante el primer trimestre, no nos encontramos con un individuo con suficiente desarrollo como para ser considerado una persona moral con un derecho a la vida es razonable por argumentos independientes, pero, además, se encuentra confirmada por su coherencia con muchas otras creencias, creencias que, insisto, difícilmente pueden ser rechazadas por aquellos que se oponen a la legalización del aborto.

VI. La regulación del aborto en una sociedad democrática

Concluyo con dos reflexiones sobre la regulación jurídica del aborto. En primer lugar, es importante advertir que, en una sociedad democrática, no es necesario ofrecer una prueba irrefutable de que el derecho a la vida no comienza con la concepción para avalar la permisión del aborto temprano. Es suficiente con mostrar que esa tesis no es especialmente plausible, o que hay otras que son tanto o más plausibles. Obviamente, cuestiones filosóficas complejas como estas no admiten pruebas concluyentes. Lo importante es que, cuando no hay acuerdo sobre esas cuestiones y las diversas visiones sobre el tema resultan razonables, el Estado no debería utilizar la coerción para imponer una visión. En otras palabras, es suficiente con mostrar que una visión que niega que el comienzo de la persona ocurre en el momento de la concepción no es irrazonable (es decir, puede ser defendida por personas razonables) para que el Estado no deba imponerles a aquellos que la defienden una visión opuesta (la visión de que sí comienza la persona con la concepción). Nótese la diferencia con una (hipotética) visión que dijera que la persona comienza a los cinco años de vida (por lo cual, se podría matar niños menores a esa edad). Esta sí sería una visión que ninguna persona razonable podría defender, lo cual habilita al Estado a ejercer la coacción contra quienes quieren actuar de acuerdo con esa visión. En cambio, que la persona humana (con derecho a la vida) no empieza con la concepción, sino en algún estadio posterior de la gestación es, por los argumentos que hemos visto (y otros), una posición razonable.

Por último, debe notarse que hasta ahora he omitido el hecho de que también están en juego los derechos de la mujer. Lo hice intencionalmente, dado que mi propósito ha sido conmover la convicción de quienes creen que el derecho a la vida comienza con la concepción. Sin embargo, la existencia indudable de esos derechos (al propio cuerpo, a la privacidad, a la autonomía, a la salud) agrega un elemento importante y, en el caso en el que quedara alguna duda, termina por inclinar la balanza de un modo muy convincente a favor de la permisión. En efecto, nadie duda que la prohibición del aborto afecte esos derechos. El argumento, en todo caso, es que el derecho a la vida del embrión o del feto prevalece frente a los derechos de la mujer. Pero si mi conclusión anterior es correcta y la idea de que tal derecho a la vida comienza con la concepción no es especialmente razonable, entonces la idea de que ese balance solo puede inclinarse a favor de la permisión resulta, en definitiva, muy convincente.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 6, pp. 27-29

Columnas II: La absolución de Jean Pierre Bemba

LA ABSOLUCIÓN DE JEAN PIERRE BEMBA Y LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR

Prof. Dr. Dr. *h.c.* Kai AMBOS*

Fecha de recepción: 15 de junio de 2018
Fecha de aprobación: 24 de junio de 2018

El 21 de marzo de 2016, una Sala de primera instancia de la Corte Penal Internacional (CPI) condenó al político congoleño Jean Pierre Bemba por la comisión de crímenes de guerra (asesinato, violación y saqueo) y crímenes de lesa humanidad (asesinato y violación) realizados por sus tropas en la República Centroafricana en los años 2002 y 2003, invocando la figura de responsabilidad del superior. En virtud de esta forma de imputación, contemplada en el artículo 28 del Estatuto de Roma de la CPI, un superior militar o civil puede responder por los actos de sus subordinados cuando no haya ejercido un control efectivo sobre ellos, si hubiera conocido o debido conocer los hechos criminales y no hubiera tomado las medidas necesarias y razonables para prevenirlos o reprimirlos.

Hace algunos días, el 8 de junio, Bemba fue absuelto por la Sala de Apelaciones de la CPI. La votación de los magistrados fue muy ajustada: tres de ellos (Morrison del Reino Unido, van den Wyngaert de Bélgica y el actual presidente de la CPI Eboe-Osuji de Nigeria) no querían confirmar la condena de dieciocho años de prisión emitida por la Sala de Primera Instancia, mientras que dos (Hofmański de Polonia y Monageng de Botsuana) sí querían mantenerla. La sentencia tiene

* Profesor de la Georg-August-Universität Göttingen y Director General del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la misma universidad. Magistrado del Tribunal Especial para Kosovo, La Haya y amicus curiae de la Jurisdicción Especial de la Paz, Bogotá, Colombia. Fue miembro del equipo de la defensa de Bemba en la fase de apelación, pero aquí expresa su opinión personal. El autor agradece a Carlos Guillermo Castro (Prof. Universidad del Rosario, Bogotá) y a Susann Aboueldahab (CEDPAL) por su colaboración en la preparación de este artículo.

ochenta páginas. Como apéndice de la sentencia se pueden encontrar dos votos separados de la mayoría (uno de van den Wyngaert/Morrison y otro de Eboe-Osuji, publicado posteriormente, el 15 de junio) así como el voto disidente —que apoya la sentencia de primera instancia— de los otros dos magistrados de la minoría.

Ahora bien, ¿en qué se funda la revocatoria de la sentencia de primera instancia? La opinión de la mayoría se basa, por una parte, en consideraciones procesales probatorias con respecto a la precisión de las imputaciones y, por la otra, en una interpretación restrictiva de la responsabilidad del superior con respecto a las medidas de prevención y represión (en adelante: contramedidas) que debe adoptar el comandante frente a los delitos de sus subordinados. Como solamente este último tema es de interés para la justicia penal en América Latina nos limitaremos a continuación a ello.

Si bien por primera vez la CPI abordó la figura de la responsabilidad del superior, al contrario de la expectativa generalizada (sobre todo de sectores militares y de la OTAN), la Sala de Apelaciones no dio una interpretación completa ni definitiva al respecto. La Sala examinó la responsabilidad de Bemba con respeto a veintiséis hechos cometidos por sus subordinados (un asesinato, veinte violaciones y cinco saqueos) que considera debidamente probados. Considera que el principal problema de su responsabilidad como superior es la valoración de las medidas adoptadas por Bemba. En resumen, la mayoría de los jueces las considera necesarias y razonables —en contra de la decisión de primera instancia y de la opinión minoritaria—. De hecho, tomando esta postura, la mayoría aboga por exigencias realistas a un superior: Bemba estaba alejado del lugar de los hechos ("*remote commander*"); no había tenido un control sólido sobre sus tropas porque habían actuado sobre territorio extranjero y como parte de una fuerza armada extranjera; y no había podido vigilar la ejecución de las medidas de control, por lo que no se le puede atribuir una deficiente ejecución a su cargo.

En consecuencia, se puede concluir de modo general, más allá de las circunstancias concretas del caso, que no puede serle exigido a un superior lo imposible, ni tampoco cualquier tipo de contramedidas imaginables. Más bien deben determinarse las contramedidas viables y esperables *ex ante* con respecto a los delitos concretos constatados y a las circunstancias operativas. La carga de la prueba frente a ello se encuentra en la Sala de Juicio e implica aplicar un criterio de diligencia razonable ("*reasonable diligence*") respecto de la actuación del comandante. Contramedidas que para una "ola de delincuencia" parecen insuficientes, pueden ser suficientes con respecto a delitos determinados. Las motivaciones para la realización de determinadas contramedidas pueden

indudablemente dar información sobre la actuación de buena (o mala) fe del comandante, pero su intención de mejorar la reputación de sus tropas no hace una contramedida *per se* menos necesaria o razonable. Concretamente, la mayoría de la Sala constató siete errores de la Sala de Juicio con respeto a la evaluación de las contramedidas.

Al leer detalladamente estas observaciones y añadir las consideraciones *obiter* realizadas por los magistrados Morrison y van den Wyngaert en su opinión separada, se hace evidente que el llamado de la defensa hacia una comprensión realista de la responsabilidad del superior que tenga en cuenta las circunstancias operativas concretas ha sido aceptado —al menos por la mayoría de la Sala de Apelaciones—. En las opiniones de los magistrados también se encuentra una observación adicional sobre la responsabilidad del superior, concretamente sobre el requisito del control efectivo del superior: solo puede ejercerlo, en sentido estricto, un comandante sobre soldados bajo su dependencia directa ("*immediate command*") y el superior a lo sumo puede ser responsable solamente por causa de su falta de supervisión. También se hace referencia al discutible requisito de causalidad entre la falta de supervisión del superior y los delitos de los subordinados, rechazado por la mayoría, pero respaldado en el voto disidente. De todos modos, estas observaciones adicionales, fuera de la propia sentencia, tienen solo un significado académico, pues representan un mero *obiter* y al respecto no existe un consenso entre los magistrados.

La absolución de Bemba ha tenido un impacto fuerte e inmediato, incluso dentro de la propia Corte. El 13 de junio, la Fiscal de la CPI, Fatou Bensouda, publicó un comunicado crítico de la sentencia y en particular de los jueces de la mayoría. Esta reacción *ex post facto* ha generado gran sorpresa y hasta rechazo en los círculos de la justicia penal internacional. De hecho, el propio Presidente de la Corte, el magistrado Eboe-Osuji, publicó un comunicado un día después, en el que recordó que "todas las sentencia y decisiones de los magistrados de la Corte son tomadas con base en el principio fundamental de la independencia judicial", en cumplimiento "honorable, fiel, imparcial y concienzudo" de sus deberes y se espera que las partes, inclusive la Fiscalía, también respeten estos principios.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 6, pp. 30-51

Artículos

ACERCA DEL "RESURGIMIENTO" DEL RETRIBUCIONISMO

Prof. Dra. Patricia S. ZIFFER*

Fecha de recepción: 22 de diciembre de 2017
Fecha de aprobación: 26 de marzo de 2018

Resumen

A pesar de que la discusión sobre los fines de la pena se ha ido haciendo cada vez más compleja, la presentación del debate no ha tenido variaciones sustanciales. Sin embargo, la tradicional contraposición entre teorías de la pena absolutas versus relativas no ha estado exenta de críticas. La razón principal por la que esta formulación de la discusión puede ser objetada se relaciona no solo con la intensa diversificación de los desarrollos científicos en esta materia, sino fundamentalmente con cierto ocultamiento de los fines retributivos de la pena que se reconocen en diversas versiones de la prevención general positiva como así también en las teorías de la unión, bajo el manto de la "culpabilidad como límite de la prevención". Desde este punto de partida, se intenta brindar un panorama de las diferentes facetas del llamado "neoproporcionalismo" y el retribucionismo contemporáneo y la difícil coexistencia de perspectivas prospectivas y retrospectivas en materia de determinación de la pena.

Palabras clave: Retribucionismo – Pena – Culpabilidad –Proporcionalidad – Prevención

Title: On the 'Renaissance' of Retributivism

* Doctora en Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesora adjunta de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires. Contacto: **patriciaziffer@derecho.uba.ar**. El presente texto, con notas a pie agregadas, se corresponde, en lo central, con el contenido de la exposición presentada en el marco de la prueba de oposición llevada a cabo el 6 de noviembre de 2017 en el concurso rendido por la autora para la renovación de su cargo de profesora adjunta regular en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Abstract

Even though the discussion on punishment has become increasingly complex, the way scholars approach to this debate has not had substantial variations. However, the contrast between absolute versus relative theories of punishment has not been exempt from criticism. The main reason framing the discussion in this way can be objected relates not only to the significant diversification of scientific developments in this matter; but fundamentally to a certain concealment of the retributive purposes of punishment that are recognized in various versions of the positive general prevention theories as well as in dualist theories, under the mantle of "guilt as the limit of prevention". From this point of departure, we try to provide an overview of the different facets of the so-called "neo-pro-nationalism" and contemporary retribution theories, and the problematic coexistence of prospective and retrospective perspectives on the determination of punishment.

Keywords: Retributivism – Punishment – Guilt – Proportionality – Prevention

Sumario

I. Introducción: la presentación de la discusión sobre "teorías de la pena"; II. ¿Adiós al retribucionismo?; III. Teorías expresivas de la pena; IV. Acerca del "renacimiento" del retribucionismo en Alemania; V. La discusión anglosajona y su recepción; a. La línea proporcionalista estricta; b. Enfoques alternativos; VI. Conclusiones; a. La transparencia de los fundamentos de las injerencias; b. Aportes a la dogmática de la determinación de la pena; c. ¿Es constitucional la eliminación del fin resocializador de la pena?; VII. Bibliografía.

I. Introducción: la presentación de la discusión sobre "teorías de la pena"

A pesar de que la discusión sobre los fines de la pena no solo nunca se ha detenido sino que se ha ido haciendo cada vez más compleja, la presentación del debate no pareciera haber tenido variaciones sustanciales en las obras destinadas a mostrar cuál es el panorama en esta materia.

Así, la tradicional contraposición entre teorías de la pena absolutas versus relativas, seguidas por las así llamadas "teorías de la unión", subsiste en modernos manuales[1] y códigos comentados.

[1] Cf., a modo de ejemplo, las recientes ediciones traducidas de las obras de HILGENDORF y VALERIUS (*Derecho Penal. Parte General*, trad. Leandro A. DIAS y Marcelo A. SANCINETTI, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017, esp. pp. 3 ss.) y de FRISTER (*Derecho Penal. Parte General*, trad. Marcelo A. SANCINETTI, Hammurabi, Buenos Aires,

Dentro de este esquema, las teorías absolutas —asociadas a la retribución— son definidas como aquellas en las que la pena se desvincula de toda finalidad "secular", y por ese motivo, son calificadas como inidóneas para aportar una fundamentación de la pena admisible en un estado de derecho.

Siguiendo esta categorización, en esta presentación del tema no solo quedan excluidas de la discusión "racional" sobre el fundamento de la pena no solo las explicaciones emparentadas con la "ley del Talión" o con visiones de la pena relacionadas con formas de expiación, sino también exponentes clásicos de la retribución como Kant y Hegel. Así, el ejemplo de la isla de Kant, o bien, el rechazo de Hegel a toda finalidad preventiva, equiparada a tratar al hombre como a un perro al que se amenaza con un palo aparecen una y otra vez, casi como clichés, a fin de demostrar el contenido metafísico o incluso inhumano del retribucionismo.

Por cierto, esta separación estricta entre teorías absolutas y relativas no ha estado exenta de críticas.[2] Sin embargo, la razón principal por la que esta formulación de la discusión puede ser objetada se relaciona no solo con la intensa diversificación de los desarrollos científicos en esta materia, sino fundamentalmente con cierto ocultamiento de los fines retributivos de la pena, los cuales se esconden sin demasiado éxito tanto en algunas de las versiones de la prevención general positiva como así también en las teorías de la unión, bajo el manto de la "culpabilidad como límite de la prevención".[3]

II. ¿Adiós al retribucionismo?

A pesar de lo que sugiere el planteo de la discusión con el que se suele introducir el tema de los "fines de la pena", lo cierto es que una aproximación apenas más detallada a las formulaciones concretas de los argumentos que se manejan en la discusión, rápidamente muestra que nos

2011, esp. pp. 59 ss. y en particular, el cuadro sinóptico de p. 72). Este esquema se mantiene también en la presentación de las teorías de la pena de NEUMANN en la última edición del "Nomos Kommentar" (KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN [comps.], *Strafgesetzbuch*, 5ª. ed., Nomos, Baden-Baden, 2017).

[2] FRISCH, "Pena, delito y sistema del delito en transformación", en *InDret*, 3/2014, p. 7.

[3] Así, por ejemplo, ROXIN: "No obstante, a pesar de la renuncia a toda retribución, un elemento decisivo de la teoría de la retribución debe pasar a formar parte también de la teoría preventiva mixta: el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena.". Cfr. ROXIN, *Derecho Penal. Parte General* (trad. Diego Manuel LUZÓN PEÑA y otros), Civitas, Madrid, 1997, n.m. 46, p. 99.

habríamos apresurado un poco al despedirnos de KANT y HEGEL.[4]

Del mismo modo, tampoco parece posible dar por muerta a las teorías absolutas o a la retribución[5] sin realizar al menos algunas aclaraciones terminológicas.

Al respecto, un excelente análisis de la ambigüedad con que los autores se refieren al tópico de la retribución puede verse en un trabajo de KLOCKE y MÜLLER,[6] cuyo título reza, justamente, "Acerca del renacimiento de la retribución".[7] A partir de un repaso de diferentes opiniones, estos autores muestran que, paradójicamente, el tópico "retribución" genera cierta desazón no solo en sus contradictores explícitos, sino incluso en autores con posiciones muy próximas a nociones talionales.

Para decirlo con las palabras de NAUCKE: "[l]a retribución por medio de la pena se menciona casi a desgano, pero no es sencilla de abolir".[8]

III. Teorías expresivas de la pena

Si se tiene en cuenta el considerable malestar que parece causar la referencia explícita a la retribución, la propuesta de HÖRNLE de abandonar la referencia a las teorías "absolutas" y sustituirla por una nueva categoría, que denomina "teorías expresivas de la pena",[9] puede llegar a aportar una mayor claridad en cuanto a los términos de la discusión.[10]

---

[4] Así lo había postulado en su momento KLUG en su trabajo titulado, justamente, "Abschied von Kant und Hegel" [„La despedida de Kant y Hgel"], en BAUMANN (comp.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, Fischer, Frankfurt am Main, 1968, pp. 36 ss.

[5] Así, por ejemplo, LÜDERSSEN y FRISCH.

[6] KLOCKE/MÜLLER, "*Zur Renaissance der Vergeltung*", en *StV*, 2014, p. 370.

[7] *Supra* nota 6.

[8] *Supra* nota 6.

[9] Para un detallado análisis crítico de la línea argumental de estos autores, cf. el trabajo de LERMAN, "Análisis de los argumentos contra el llamado 'renacimiento' de la retribución", en AMBOS/MALARINO/PASTOR (dirs.), *Prevención e imputación. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho Penal y Procesal Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

[10] Cf. una presentación sintética de los términos en que se viene reformulando la discusión relativa a los fines de la pena en ROXIN, "Prevención, desaprobación y responsabilidad: acerca de la más reciente discusión sobre los fines de la pena", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.° 6, 2015, pp. 3 ss.

Como bien lo destaca esta autora, en la medida en que existen fundamentaciones que no se orientan a la prevención del delito (las cuales suelen ser calificadas, indistintamente, como "relativas"), pero que de todos modos configuran fundamentaciones racionales de la pena criminal orientadas a los intereses generales e individuales, ya no queda para nada claro qué es lo "absoluto" de las teorías absolutas.

Partiendo de ese punto, la referencia al carácter "expresivo" de la pena, ofrece una categoría más plástica, dentro de la cual agrupar a las numerosas posiciones que definen a la pena como una reacción (expresiva) frente al delito cometido, y que desde una perspectiva estrictamente retrospectiva, responden a un esquema de razonamiento estrechamente emparentado con la noción de retribución.

IV. Acerca del "renacimiento" del retribucionismo en Alemania

Antes de pasar a presentar brevemente algunos ejemplos de las posiciones que marcan este supuesto "renacer" del retribucionismo, resulta interesante plantear, al menos brevemente, la pregunta relativa a qué fue lo que pudo haber conducido a una situación, en la cual, más allá del cambio en los ropajes, diferentes concepciones "retribucionistas" parecen haber perdido buena parte de las connotaciones negativas de hace algunas décadas, para manifestarse hoy incluso como una promesa de mayor racionalidad en la imposición de las penas.

Como aclaración preliminar, corresponde indicar que solo es posible hablar de "renacer" en sentido figurado. Pues, en rigor, en el ámbito cultural hispanoparlante y alemán, el aspecto "retribucionista" vinculado con la necesidad de que la pena constituya una respuesta *proporcional* al hecho cometido no puede decirse que se haya diluido nunca. En todo caso, lo que sí podría ser visto como una novedad es la intensa revalorización de la imposición de penas proporcionales al hecho, *desvinculadas de nociones de prevención* (sea general o especial), dentro de una línea que podría ser calificada como "neo-proporcionalista".[11]

En un primer acercamiento, este desarrollo puede ser relacionado con el fracaso de las prácticas judiciales orientadas a la prevención especial, luego del furor de los años 60 en pos de la resocialización. Especialmente en el ámbito angloamericano, y en los países escandinavos, la

[11] FEIJÓO SÁNCHEZ, "Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho", en *InDret*, 1/2007, p. 2.

ideología de la resocialización (bajo el conocido lema de MARTINSON y su "nothing works"[12]) fue abandonada y sustituida por la línea de la "justa retribución o merecimiento" (*just deserts*).

Esta evolución en la discusión angloamericana tuvo una notable incidencia en la Europa continental, y en particular, en Alemania.[13]

Así, en una clara contraposición con lo que sucede en otros temas del derecho penal, en este ámbito, el intercambio científico con autores provenientes de la criminología sajona y escandinava fue decisiva. Los ejemplos paradigmáticos son, sin duda, VON HIRSCH y JAREBORG, cuyos aportes con relación a la significación de la función de la proporcionalidad como elemento concreto para la determinación de la pena resultaron decisivos en Alemania. Dentro de esta línea, cabe recordar la propuesta de ELLSCHEID y HASSEMER en "Strafe ohne Vorwurf", quienes incluso plantearon la posibilidad de que el principio de proporcionalidad se convirtiera en sustituto de la culpabilidad.[14]

Por cierto, indagar las razones de la intensa influencia angloamericana y escandinava en estos temas excedería el objeto de esta presentación. No obstante, quizás pueda pensarse que esto haya tenido relación con la circunstancia de que en Alemania el estudio de los problemas vinculados con la pena, su determinación y ejecución, en muchos casos estuvieron más en el centro de interés de autores emparentados con la criminología, y no tanto con la teoría de la imputación.[15] En este punto, posiblemente la excepción más significativa sea FRISCH, quien tempranamente mostró en su trabajo sobre el recurso de casación en materia de determinación de la pena la complejidad de los problemas dogmáticos en juego y sus implicancias prácticas concretas.[16]

En el contexto de un terreno cada vez más escéptico frente a las posibilidades de la prevención especial comenzaron a florecer cada vez más diferentes fundamentaciones, o bien, justificaciones

[12] Esto, con referencia a la obra de 1974 del sociólogo americano Robert MARTINSON, quien en el marco de un estudio analítico con relación a los métodos de tratamiento penitenciario formulaba la pregunta "what works?'" y, a partir de los índices de reincidencia, concluía "nothing works". Cfr. MARTINSON, "What Works? Questions and Answers About Prison Reform", en *The Public Interest*, n.º 35, 1974, pp. 22-54.
[13] FEIJÓO SÁNCHEZ, *supra* nota 11.
[14] ELLSCHEID/HASSEMER, "Strafe ohne Vorwurf", en *Jahrbuch für Sozialwissenschaften*, t. IX, 1979, pp. 27 ss.
[15] Tal el caso, por ejemplo, de STRENG, cuyo escrito de habilitación era de orientación eminentemente empírica (cfr. STRENG, *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit*, Heidelberg, 1984).
[16] FRISCH, *Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung. Eine Untersuchung über die Struktur und die Revisibilität des richterlichen Ermessens bei der Strafzumessung*, Colonia, 1971.

de la pena, que retomaban la tradición clásica (de allí la denominación neoclasicismo), y en las que conceptos desvinculados de la finalidad de "prevención del delito" comenzaron a manejarse en forma completamente abierta, si bien conservando —al menos en lo terminológico— un fuerte rechazo a la noción de retribución.

Si se parte de tomar como característica central del *neo-retribucionismo* a la idea de separar a la pena de la *prevención especial,* buena parte de los sostenedores de la prevención general positiva quedarían enrolados en esa categoría, en la medida en que, además, resaltan a la expresión de censura como elemento central para la definición misma del concepto de pena.

Si bien no es posible realizar aquí una enumeración exhaustiva de la totalidad de los autores o de los matices que los separan, entre los ejemplos más característicos de teorías expresivas de la pena, sin duda, JAKOBS no debería estar ausente. Su concepción de la pena como confirmación de la norma, y su orientación al mantenimiento de la fuerza de la vigencia del orden jurídico[17] lo colocan dentro de esta categoría, a pesar de que se manifiesta contrario a la retribución pura.

Un caso parecido es el de FRISCH, quien al tiempo que descalifica a la retribución como un "culto al sufrimiento",[18] reafirma la necesidad de pena en aras de garantizar un estado de juridicidad, su vigencia y su inquebrantabilidad. Ella es "la reacción que es necesaria para contradecir de manera eficaz el hecho del autor (más allá de una mera reprimenda), esto es, para contrarrestar la debilitación de la fuerza preventiva de la conminación penal (su derogación) que de otro modo amenazaría producirse…".[19]

Sin embargo, los exponentes más decididos en una revitalización del retribucionismo son, sin duda, KÖHLER y MICHAEL. Ya una muy breve aproximación a sus elaboraciones deja bien en claro que, en contra de los pronósticos de KLUG, todavía era demasiado pronto para despedirnos de KANT y HEGEL.

En este sentido, el trabajo de KÖHLER sobre el concepto de pena[20] configura un verdadero diálogo con KANT, y su reinterpretación kantiana de la fundamentación de la pena será trasladada a

[17] JAKOBS, *AT*, 1/9.
[18] FRISCH, *supra* nota 2, p. 11.
[19] FRISCH, *supra* nota 2, p. 17.
[20] KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, R. v. Decker, Heidelberg, 1986.

su Manual,[21] con consecuencias concretas para la teoría de la imputación, y en especial, para el sistema de sanciones. Esta línea de interpretación se advierte, por ejemplo, en su rechazo drástico a la pena de prisión perpetua o la custodia de seguridad, como formas incompatibles con la calidad de ciudadano, como así también en su apartamiento de la doctrina dominante en materia de inhabilitación, a la que considera una pena y no una medida preventiva. Dentro de su posición, la pena se justifica como el restablecimiento compensatorio de las relaciones jurídicas parcialmente negadas en su validez general por la producción del delito a través de la libertad externa del condenado. En una definición difícilmente separable de la compensación retributiva, este autor considera que la pena produce "una injerencia sobre el autor en su status de derechos básicos para la necesaria compensación del derecho",[22] y con ello, para la restitución de la vigencia general de la relación jurídica vulnerada.

PAWLIK, por su parte, no parece tener las prevenciones terminológicas de otros autores y se reconoce explícitamente retribucionista en la línea de HEGEL. Según sostiene, la legitimación del castigo solo puede estar orientada al *punitur quia peccatum*.[23] A fin de superar la objeción tradicional relativa a la justificación de irrogar un mal a quien ha provocado antes otro, recupera la antigua noción de justicia compensatoria mediante un paralelo con el derecho de daños. Según PAWLIK, la idea de compensación del daño puede resultar fructífera para la teoría de la pena en la medida en que se encuentra en la base de toda teoría de la retribución penal desde HEGEL en adelante: quien ha causado un daño se encuentra obligado a compensar su hecho destructivo mediante un acto constructivo. La transpolación de los conceptos del derecho de daños, no obstante, no es automática, en tanto aquí la víctima no recibe una ventaja inmediata de esa compensación, dado el carácter supraindividual de la pena. En el marco de este planteo, dentro de una sociedad libre, a cada uno de los ciudadanos le corresponde asumir el deber de mantener el estado de libertad real. Quien escapa a esta responsabilidad al realizar un hecho punible infringe su obligación de contribuir a la conservación del orden existente de libertad. Sufrir una pena significa tener que soportar que los bienes propios sirvan para demostrar que una acción de estas características lesiona la libertad. Desde esta perspectiva, la pena no sería entendida en forma puramente negativa como irrogación de dolor que responde a un dolor anterior sino positivamente, como pretensión de sometimiento del autor para el restablecimiento de la relación jurídica que él

[21] KÖHLER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Springer Verlag, Berlín-Heidelberg, 1997.
[22] KÖHLER, *supra* nota 21, p. 580.
[23] PAWLIK, "¿Pena o combate de peligros?", en *InDret*, 4/2011, p. 17

lesionó.[24] Es especialmente interesante la perspectiva que propone para la determinación de la pena: "Si la imposición de la pena se ve legitimada teniendo que permitir el autor el reproche por la lesión de su deber de ciudadano, la medida de la pena debe igualmente medirse por dicho injusto. La intensidad del injusto imputable al autor se medirá de acuerdo con el alcance del menoscabo de libertad realizado efectivamente, o bien que era intención causar, por un lado, y por el otro, teniendo en cuenta la medida de la lealtad del autor frente al proyecto de paz a través del derecho en general".[25]

Sin embargo, dentro del ámbito alemán, no solo los autores que se inscriben en lo que podría calificarse como la línea tradicional de las teorías absolutas de la pena adhieren a nuevas formas del retribucionismo.

Este es el caso, por ejemplo, de HÖRNLE. En principio, sus puntos de partida teóricos podrían ser vistos como la reconstrucción de una "teoría de la unión" *à la* ROXIN. En esta dirección, HÖRNLE rechaza que exista una respuesta unidimensional de la teoría de la pena, e incluso, considera equivocada la idea de que la teoría de la pena prejuzga sobre las directrices de la determinación de la pena, y entiende que el juicio de disvalor referido al caso concreto puede y debe seguir reglas distintas de las que orientan la fundamentación de la amenaza penal y la imposición de la pena.

No obstante este claro apartamiento de posiciones unidimensionales como las de KÖHLER y PAWLIK, esta autora entiende que "la posición del Estado respecto a las víctimas de los delitos se corresponde con la de un fiduciario en la medida en el juicio estatal de disvalor también se produce en interés de la víctima del hecho", aun cuando en el proceso penal no se sigan los deseos y necesidades personales de la víctima individual. Sobre esta base, va a calificar a su posición como una "teoría expresiva orientada a la comunicación con la víctima".[26]

De este modo, en el desarrollo de su posición, en definitiva Hörnle viene a rescatar quizás uno

[24] PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 86 s.
[25] PAWLIK, *supra* nota 24, pp. 104 s.

[26] HO□RNLE, *Teorías de la pena* (trad. Nuria PASTOR MUÑOZ), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 42. Una interesante presentación crítica de los principales puntos de vista sostenidos en esta obra es presentada por LERMAN en la detallada reseña bibliográfica publicada en *En Letra. Derecho Penal*, n.º 3, 2016, pp. 221 ss.

de los aspectos más característicos de las nociones tradicionales de retribucionismo: la vinculación de la proporcionalidad de la pena al daño sufrido por la víctima.[27]

V. La discusión anglosajona y su recepción

a. La línea proporcionalista estricta

Ciertamente, también en el ámbito anglosajón existen innumerables trabajos y elaboraciones sobre este tema, y no es tarea sencilla hacer una selección de los ejemplos más característicos.

En el contexto de la gran cantidad y diversidad de autores que podríamos calificar de "proporcionalistas", los aportes de ASHWORTH y a VON HIRSCH tienen, sin duda, un lugar destacado.

Ambos autores resultan de particular interés en la medida en que personifican de modo singular el intenso intercambio de ideas entre la Europa insular y la continental. A su vez, los dos han dejado una huella decisiva, no solo en cuanto a la necesidad teórica de trasladar la perspectiva de las teorías de la pena a la determinación de la pena concreta, sino, particularmente, en cuanto a los esfuerzos por trasladar a la práctica sus puntos de partida.

Así, en su tradicional obra *Sentencing and Criminal Justice*,[28] ASHWORTH expresa que uno de los principales avances que se puede realizar para racionalizar la determinación de la pena es fijar una finalidad primaria, y esta función le corresponde a la proporcionalidad: "el principio de la igualdad ante la ley debería prevalecer en las decisiones de determinación individual de la pena".[29] A partir de esa noción pasa a examinar los problemas específicos que pueden plantearse al intentar trasladar este punto de partida a una pena en concreto. Así, aun sin la pretensión sistemática que caracteriza a los trabajos alemana, va a esbozar fundamentos racionales con relación a las razones por las cuáles es posible, por ejemplo, atenuar la pena por la confesión del condenado, o en supuestos en que ha existido reparación del daño, dentro de lo que califica como "atenuación de

[27] Especialmente, en HO□RNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1999. Cf. también HO□RNLE, *Determinación de la pena y culpabilidad*, Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2003.
[28] ASHWORTH/VON HIRSCH, *Sentencing and Criminal Justice*, Butterworths, Londres, 1995.
[29] ASHWORTH/VON HIRSCH, *supra* nota 28, p. 81.

clase media".[30]

De modo similar, también VON HIRSCH ha puesto un fuerte acento en la significación de la proporcionalidad como fundamento del reproche penal, pero también como lineamiento concreto al momento de la fijación de la sanción. Su trabajo de 1976, *Doing Justice*,[31] puede ser visto como una de las primeras sistematizaciones de la teoría del merecimiento, y la influencia de su enfoque proporcionalista se refleja con claridad en la dirección que han tomado autores alemanes como Hörnle.

En su obra *Censurar y Castigar,* al examinar la normativa inglesa[32] que adopta expresamente la proporcionalidad como regla básica para la fijación de las penas, VON HIRSCH destaca el componente de reproche (censura) que ineludiblemente debe ponerse de manifiesto en una pena. A su vez, será la severidad de la sanción la que habrá de expresar la gravedad del reproche. Siguiendo este esquema, las sanciones punitivas debieran ser ordenadas de acuerdo con la gravedad de la conducta a la que se corresponde. En particular respecto de este último punto, este autor señala que cuando se trata a las personas de forma tal que se les atribuye un demérito, ese trato debiera reflejar cuán demeritoria ha sido su conducta. Castigando una cierta forma de conducta de forma más severa que otra, el castigo expresa el mensaje de que es peor.[33] A partir de allí, recupera las nociones de proporcionalidad ordinal, vinculada con la lógica propia de un sistema de censura —esto es, escalas penales diferentes según la gravedad de los hechos y necesidad de mantener consistencia en las reacciones comparativas— y la proporcionalidad cardinal, que se relaciona con la existencia de ciertos límites no relativizables, como puede ser el nivel de severidad general de las penas, o bien, los puntos fijos dentro de una escala ordinal.

Un punto particularmente interesante de su propuesta se vincula con su invitación a abandonar la teorización en materia de justificación del castigo. En sus palabras: "[e]s tiempo de avanzar de '¿por qué castigar?' a '¿cuánto castigar?'", y en esa empresa, será la proporcionalidad la que nos

30 Cf. ASHWORTH/VON HIRSCH, *supra* nota 28, pp. 140 s.
31 VON HIRSCH, *Doing Justice: The Choice of punishments: Report of the Comittee for the Study of Incarceration*, Hill & Wang, New York, 1976.
32 Criminal Justice Act (1991).
33 VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, Trotta, Madrid, 1998, p. 42.

servirá de guía.[34]

b. Enfoques alternativos

Además de los puntos de partida señalados, que se orientan a la proporcionalidad de las penas de un modo relativamente "ortodoxo", han surgido en el marco de la discusión sobre este tema algunos abordajes poco usuales, que proponen un enfoque mucho menos convencional. Así, autores como DUFF y ROBINSON han replanteado el debate sobre el tema desde una perspectiva bien distinta de aquellas que se suelen asumir en los cursos para estudiantes de grado.

En principio, cuando se habla de retribucionismo "contemporáneo", una de las primeras intuiciones posiblemente fuera la de suponer que se trata de una categorización que, en todo caso, habrá de dejar fuera de consideración todas las versiones retribucionistas emparentadas con conceptos asociados a la religión o con la noción expiación interna de culpas.

Sin embargo, el trabajo de DUFF[35] parece demostrar que esto no sería del todo exacto. En efecto, dentro del marco de una teoría del merecimiento, DUFF plantea la inquietante pregunta de hasta qué punto un estado liberal no tiene nada que hacer cuando se trata de las almas de los ciudadanos. Ello, a partir de una discusión más amplia en materia de castigo, dentro de la cual rescata la idea de que el castigo debería implicar elementos tales como el arrepentimiento y la reconciliación.[36]

Adelantándose a las objeciones, DUFF reconoce que esto podría implicar un intento por invadir la "ciudadela del alma" de los afectados, en una concepción que pereciera totalmente ajena a las versiones liberales de las teorías del merecimiento.[37] Sin embargo, insiste en que esta perspectiva puede ofrecer una vía fructífera para entender mejor el castigo criminal, el cual,

---

34 VON HIRSCH, *supra* nota 33, p. 42.

35 DUFF, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2015.

36 Para un análisis de los diferentes matices de la posición de Duff sobre la filosofía del castigo, cf. REIFF/CRUFT, "Antony Duff and the Philosophy of Punishment", en CRUFT/KRAMER/REIFF (comps.), *Crime, Punishment, and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff,* Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 3 ss.

37 DUFF, "Penance, Punishment and the Limits of Community", en *Punishment and Society*, julio 2013, p. 298.

idealmente, debería constituir una forma de "penitencia secular".[38] La comisión culpable de un delito implica un injusto que afecta los valores centrales de la comunidad política expresados en el derecho penal; por ello, el delito daña o amenaza la relación normativa del autor no solo con la víctima sino con sus conciudadanos. En el marco de esta construcción, el castigo puede colaborar a inducir o a reforzar el arrepentimiento mediante la comprensión del crimen en la dimensión del daño causado a la comunidad. Al tener que aceptar la carga de la pena, esto puede funcionar como la expresión material y coercitiva de la disculpa que el autor le debe a la comunidad cuyos valores afectó. De allí la significación que cabría asignar a formas de sanciones del estilo del trabajo comunitario.

En esta línea, el castigo es concebido como un proceso comunicativo entre el ofensor y la comunidad política: la sanción apunta a comunicarle al autor la censura que merece el delito; llevarlo a reconocer y a arrepentirse de ese crimen como algo malo respecto de lo cual debe asumir la reparación moral, conducirlo hacia la reparación, al asumir la carga de la pena sobre sí. El castigo, por lo tanto, es una *empresa reformadora*. La censura está pensada para darle al individuo una razón moral para reaccionar; consecuentemente, el grado de reproche expresado debería ser coherente con la reprochabilidad de la conducta.

Si bien DUFF reconoce que es una concepción que se aparta del modo en que actualmente se lleva a la práctica la sanción penal, destaca las reminiscencias de esta concepción que se advierten en institutos como la *probation* o el trabajo comunitario, y que son las que permiten explicar su lógica de funcionamiento de un modo más comprensible.[39]

Aun cuando no resulta sencillo compatibilizar una concepción de la pena tan orientada a actuar sobre el núcleo íntimo del individuo con nuestra concepción de lo que podría sintetizarse como "principio de reserva", lo cierto es que, como contracara, se trata de una propuesta esencialmente dirigida a concebir al autor como incluido dentro de la comunidad jurídico y a descartar a la pena como instrumento de exclusión. El peso considerable de estos aspectos inclusivos de la posición de DUFF y su aporte a la discusión son, sin duda, los que han contribuido a su difusión en nuestro

[38] DUFF, *supra* nota 37, p. 300.

[39] Cf. al respecto la interpretación de GARGARELLA sobre los alcances de esta concepción "comunitaria" en GARGARELLA, "*El lugar del pueblo en el derecho penal*", disponible en http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/05/doctrina41047.pdf [enlace verificado el 7 de mayo de 2018].

medio.[40]

Otra perspectiva bien diferente de la que se utiliza en la discusión estrictamente orientada a la dogmática es la que propone el americano ROBINSON, quien ofrece superar la tradicional antinomia entre retribucionistas y utilitaristas, o "instrumentalistas", por medio de argumentos empíricos. Si bien parte de una concepción "mixta" con respecto a los fines de la pena, también Robinson se decide en favor de la proporcionalidad como elemento decisivo para la justificación de las sanciones, pero lo hace a partir del resultado de investigaciones de campo acerca de las intuiciones de justicia dominantes entre el común de la población.

En lo que ha dado en llamarse un "giro experimental",[41] ROBINSON presentó el resultado de sus trabajos con el psicólogo cognitivo DARLEY, en los que se llegó a algunas conclusiones que resultan —al menos en parte— sorprendentes.

Según diversas investigaciones empíricas, se habría establecido que los puntos de vista de la comunidad tienden en general a apoyar las decisiones adoptadas en las leyes penales en varios extremos. Estas conclusiones, a su vez, fueron ratificadas por otros estudios, de los que se deriva que el principal motivo por el que los ciudadanos obedecen el derecho no es el miedo a la eventual sanción por su incumplimiento sino su percepción sobre la legitimidad del sistema jurídico, que pareciera depender fundamentalmente de su grado de justicia.[42]

Al elaborar conceptualmente los resultados de estos trabajos en su obra "Principios Distributivos del Derecho Penal", ROBINSON propone una particular forma de merecimiento, el llamado "merecimiento empírico", esto es, el merecimiento conforme a las intuiciones de justicia de la comunidad. Al seguir los puntos de vista sobre la justicia de la comunidad —sostiene— se cimienta la credibilidad moral del sistema de justicia criminal, lo que permite aprovechar la

[40] Cf., especialmente, la presentación de DUFF, *supra* nota 35, que hacen GARGARELLA y BERGALLO. Asimismo, la entrevista al autor publicada en *Lecciones y Ensayos*, n.° 92, 2014, pp. 301 ss., y la reseña bibliográfica de HIDALGO en *Revista de Historia de las Prisiones*, n.° 3, 2016. Desde otra perspectiva, pero también destacando el peso de la contribución del autor, la reseña de MAÑALICH en *Derecho y Crítica Social*, n.° 2, 2016, pp. 265 ss.

[41] CANCIO MELIÁ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, "Introducción", en ROBINSON, *Principios distributivos del derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

[42] Cf. ROBINSON/DARLEY, *Justice, Liability and Blame: Community Views and the Criminal Law*, Westview Press, Boulder, 1996.

capacidad de prevenir delitos de la influencia social y normativa.[43]

Según este autor, un sistema de justicia penal que es percibido como justo por la comunidad gana en su capacidad de obtener respeto y seguimiento, y es más proclive a suscitar asistencia y apoyo por parte de los ciudadanos. Por el contrario, un sistema que es visto como dispuesto a cometer injusticia pierde credibilidad, es más proclive a provocar resistencia, e inspira el vigilantismo manifiesto y encubierto, bajo la forma de diferentes conductas elusivas en materia procesal (ej. desatención de las instrucciones por parte de los jurados o desaprensión frente a los requisitos formales del proceso).[44]

En definitiva, ROBINSON propone fijar las sanciones siguiendo un principio distributivo "híbrido", que se oriente fundamentalmente al merecimiento empírico, el cual no siempre —pero sí a veces— coincide con los criterios deontológicos elaborados por los filósofos morales.

Posiblemente uno de los puntos más significativos del trabajo de ROBINSON se refiere a su interpretación con respecto a la divergencia existente entre las líneas de política criminal dominantes, dirigidas primordialmente a la incapacitación y la inocuización, y las intuiciones de justicia de la comunidad, que se inclinan por el merecimiento.

Así, las reglas del estilo del *three strikes and you're out* generan condenas mucho mayores que las correspondientes a la culpabilidad relativa y, en esa medida, en contra de lo que podría suponerse, son percibidas por el común de la gente como contrarias la proporcionalidad de las sanciones. Según el resultado de los estudios, aun cuando las personas comunes puedan admitir diferentes niveles de severidad en cuanto a las penas, es extremadamente difícil disuadirlas de la importancia de mantener la proporcionalidad.

Según se afirma, un derecho penal que sigue esta línea de merecimiento empírico —principios de justicia derivados del estudio de campo de los juicios de justicia compartidos por la comunidad— es un derecho penal que será visto por la comunidad como justo. Y una mayor credibilidad moral le dará al derecho penal una mayor eficacia en el control del delito que un derecho penal que entra en conflicto con los principios de justicia de la comunidad. Es en este

[43] ROBINSON, *supra* nota 41, p. 46.
[44] ROBINSON, "El principio de proporcionalidad y merecimiento empírico", en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.° 22, 2015, p. 183 ss., esp. 185.

sentido que puede calificarse la posición de ROBINSON como híbrida, pues si bien se basa en la reprochabilidad moral del delincuente, la adopción de este principio se justifica en razones estrictamente utilitaristas: la mayor eficiencia en el control del delito.[45] Dentro de este esquema, allí donde el sistema busca conseguir más disuasión general o más incapacitación que la ya inherente en la condena merecida, la injusticia tiene un efecto perjudicial sobre su credibilidad moral, y como consecuencia, un efecto perjudicial sobre su eficacia para el control del delito. Por lo tanto —se concluye— si se quiere detener preventivamente a personas peligrosas sería mejor para los detenidos y el público en general que esto se haga en forma abierta, y no de modo subrepticio, como si se tratara de un castigo de la justicia penal por un delito pasado.[46]

VI. Conclusiones

a. La transparencia de los fundamentos de las injerencias.

Incluso a partir de una reseña tan sintética como la que aquí se ha presentado es posible percibir las marcadas divergencias que existen en cuanto a los puntos de partida de las diferentes posiciones que fueron tomadas como ejemplos de "retribucionismo contemporáneo".

Sin embargo, más allá de los considerables matices que las separan, todas estas posiciones dejan en evidencia las dificultades, o incluso, la imposibilidad, de sostener con alguna coherencia un sistema de sanciones penales que mezcle indiscriminadamente criterios retrospectivos y prospectivos para fundar injerencias sobre los individuos.[47]

En este sentido, no parece casual que este resurgimiento del retribucionismo se haya producido cuando, en paralelo, se habla del "renacimiento de la custodia de seguridad",[48] e incluso, se plantea la pregunta acerca de la necesidad de una "versión 2.0" del instituto.[49] Así, no

[45] ROBINSON, *supra* nota 44, p. 188.
[46] ROBINSON, *supra* nota 44, pp. 189-190 (nota 1).
[47] Las inconsecuencias que esta mixtura produce dentro del sistema han sido señaladas con agudeza por ORCE, "Problemas de la inclusión de reglas de la prevención en la imputación", en AMBOS/MALARINO/PASTOR (dirs.), *Prevención e imputación. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho Penal y Procesal Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, pp. 76 ss.
[48] Tal el título del trabajo de LAUBENTHAL, *Die Renaissance der Sicherungsverwahrung*, *ZStW*, n.º 116, 2004, pp. 703 ss.
[49] Cf. la recopilación de trabajos de KASPAR, *Sicherungsverwahrung 2.0?*, Nomos, Baden-Baden, 2017, en la que

parece haber dudas acerca de que dentro de las sociedades subsiste el problema de encontrar algún enfoque para la tramitación de lo que —simplificando— podría denominarse "necesidades preventivo especiales" (sean positivas o negativas). No obstante ello, cada vez adquiere más peso la idea de que se trata de finalidades distintas de la pena en sentido estricto, y que, por lo tanto, ellas exigen una legitimación autónoma e independiente, lo cual, a su vez, presupone un esquema argumental para la fundamentación de la decisión que es completamente diferente y que se debe poner de manifiesto de forma transparente en la motivación.[50]

Por otro lado, cuando el legislador produce un cambio abrupto en los montos de pena, por ejemplo, al establecer un máximo de pena para casos de concurso real que excede todo parámetro de responsabilidad, y de este modo, encubre fines de inocuización[51] no explicitados, no solo está eludiendo las posibles objeciones constitucionales que se le harían si pusiera en blanco sobre negro su objetivo. Además, —a estar a la hipótesis de ROBINSON— podría estar poniendo severamente en riesgo el respeto de los ciudadanos frente a las normas penales *también en términos fácticos*. Por cierto, no es posible trasladar la interpretación de las convicciones de justicia relevadas empíricamente por Robinson sin alguna corrección o constatación de su aplicabilidad a la sociedad argentina. Sin embargo, desde una perspectiva quizás más fácilmente aplicable a la discusión argentina, parece interesante recordar que también FRISCH —al relevar los sistemas normativos de pena en Europa[52]— ha destacado la importancia esencial que adquiere la noción de proporcionalidad en todo el ámbito europeo. Con tales precisiones, parecería admisible afirmar que es bien posible que también en Argentina la confianza —o, en su caso, la desconfianza— de los ciudadanos en el sistema penal esté estrechamente relacionada con la capacidad de este para impartir justicia.

---

se examinan cuestiones empíricas vinculadas con la custodia de seguridad, los problemas normativos que presente, y en particular, la situación planteada en Alemania a partir de la recepción por parte del BVerfG de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en "M. v. Germany".

50 Esto es, en definitiva, lo que pretende poner de manifiesto el BVerfG en su decisión del 4.5.2011, cuando –en línea con lo exigido por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos– reclama como presupuesto para la legitimidad de las injerencias propias de la custodia de seguridad la satisfacción del "mandato de diferenciación" entre penas y medidas ("Abstandsgebot").

51 Cf. el tratamiento de este ejemplo en YACOBUCCI, "La transformación del derecho penal argentino", en *Prudentia Iuris*, n.° 80, 2015, p. 39 ss., esp. p. 40.

52 FRISCH, "Los conceptos de pena y el desarrollo del derecho penal en Europa", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo Perrot, marzo 2011, pp. 404 ss.

Desde este punto de vista, una discusión que a primera vista puede aparecer como puramente "teórica" o "filosófica", tiene proyecciones bien concretas en punto a exigir transparencia en la fundamentación de las injerencias, según sea que se dirijan a expresar censura por un hecho responsablemente cometido, o bien, a colaborar de algún modo en la evitación de la comisión de nuevos hechos punibles.

b. Aportes a la dogmática de la determinación de la pena

Por otro lado, las posiciones reseñadas, a pesar de sus fuertes diferencias, también coinciden en adoptar la noción de proporcionalidad no ya como un principio abstracto, sino que, con mayor o menor suerte, intentan reconvertirlo en criterios concretos de determinación de la pena. Estos esfuerzos son bien claros, por ejemplo, en HÖRNLE, VON HIRSCH o ASHWORTH. A su vez, al poner tan decididamente el acento en la dimensión comunicativa o expresiva de la pena como refutación del hecho, el proceso que se suele denominar "graduación del ilícito" se transforma en una tarea de interpretación de las connotaciones del hecho y de las posibles sanciones mucho más rica en cuanto a sus matices particulares. Esta consecuencia de una perspectiva "expresiva" para la determinación de la pena ya había sido marcada por SILVA SÁNCHEZ, quien sostiene que solo una dimensión comunicativa (o de negación de la norma), puede dar una explicación consecuente a la relevancia de ciertos factores, como por ejemplo, los motivos del agente.[53] Algo similar se puede ver en las razones con las que PAWLIK[54] o JAKOBS[55] explican la agravación de la pena por reincidencia.

c. ¿Es constitucional la eliminación del fin resocializador de la pena?

Antes de concluir esta presentación, parece oportuno incluir alguna reflexión con respecto a la posible objeción constitucional que podría formularse a conceptos de pena *exclusivamente* orientados a la proporcionalidad, desde la perspectiva del mandato constitucional de conformidad con el cual las penas —especialmente las privativas de libertad— deben dirigirse primordialmente a la reinserción social del condenado.

---

53 SILVA SÁNCHEZ, "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo", en *InDret*, 2/2007, p. 11.
54 PAWLIK, *supra* nota 24, p. 105.
55 Cf. JAKOBS, "Die gerechte Strafe", en *Mehr Transparenz in der Strafjustiz*, Rehburg-Loccum, 1990, pp. 41 ss., esp. p. 54.

Sobre este punto, es especialmente interesante recordar la posición de PAWLIK, cuya posición, vista aisladamente, podría ser considerada como una de las más fieles al "retribucionismo".

A pesar de la notable sistematicidad en la construcción teórica de este autor, lo cierto es que en ningún momento pretende prescindir o apartarse de la orientación resocializadora que domina las normativas en materia de ejecución de penas, sino que asume el reclamo legal y constitucional con todas las letras. Así, al momento de responder la tradicional objeción según la cual el retribucionismo "vacía de sentido a la ejecución de la pena", PAWLIK recuerda que Ley de Ejecución Penal alemana establece como función primordial de la ejecución de las penas privativas de libertad la prevención especial positiva, lo cual —desde su perspectiva— en modo alguno contradiría su esquema de razonamiento. Antes bien, dicho mandato es reinterpretado por PAWLIK como parte de los deberes de la comunidad jurídica: en el momento de la aplicación de la pena la comunidad jurídica reconoce al autor en su rol de ciudadano, y para ello debe respetar su calidad de tal también en la ejecución misma. Precisamente porque el autor es y sigue siendo persona, tiene como pretensión que se le ayude a llevar a cabo ordenadamente en el futuro su deber primario de lealtad activa. Por ello, la ejecución de la pena tiene que contener una parte que amplíe las perspectivas sociales de futuro. Siguiendo a NOLL, PAWLIK sostiene que la comunidad jurídica no puede tener la expectativa de que el delincuente reconozca su responsabilidad frente a ella y la asuma si se abandona su responsabilidad frente a él.[56]

Para finalizar: aun cuando algunas de las conclusiones del "neo-retibucionismo" pudieran no ser compartidas y a pesar de que tampoco logra solucionar todas las dificultades, lo cierto es que esta forma de presentar antiguos problemas puede ser visto como un aporte muy significativo para una discusión más abierta y transparente con respecto a la naturaleza de las injerencias que se imponen bajo el nombre de "pena" y, al vez, colabora a enriquecer el caudal argumental en torno a los problemas de la determinación de la pena.

VII. Bibliografía

ASHWORTH/VON HIRSCH, *Sentencing and Criminal Justice*, Butterworths, Londres, 1995.

DUFF, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Siglo XXI, Buenos

[56] PAWLIK, *supra* nota 24, pp. 104 s.

Aires.

DUFF, "Penance, Punishment and the Limits of Community", en *Punishment and Society*, julio 2013.

ELLSCHEID/HASSEMER, "Strafe ohne Vorwurf", en *Jahrbuch für Sozialwissenschaften*, t. IX, 1979

FEIJÓO SÁNCHEZ, "Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho", en *InDret*, 1/2007

FRISCH, *Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung. Eine Untersuchung über die Struktur und die Revisibilität des richterlichen Ermessens bei der Strafzumessung*, Colonia, 1971.

— "Los conceptos de pena y el desarrollo del derecho penal en Europa", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo Perrot, marzo 2011.

— "Pena, delito y sistema del delito en transformación", en *InDret*, 3/2014.

FRISTER, *Derecho Penal. Parte General* (trad. Marcelo A. SANCINETTI), Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

GARGARELLA, "*El lugar del pueblo en el derecho penal*", disponible en http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/05/doctrina41047.pdf [enlace verificado el 7 de mayo de 2018].

HILGENDORF/VALERIUS, *Derecho Penal. Parte General* (trad. Leandro A. DIAS y Marcelo A. SANCINETTI), Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017.

HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, Duncker & Humblot, Berlín, 1999.

— *Determinación de la pena y culpabilidad*, Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2003.

— *Teorías de la pena* (trad. Nuria PASTOR MUÑOZ), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

JAKOBS, "Die gerechte Strafe", en *Mehr Transparenz in der Strafjustiz*, Rehburg-Loccum, 1990.

KASPAR, *Sicherungsverwahrung 2.0?*, Nomos, Baden-Baden, 2017.

KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (comps.), *Strafgesetzbuch*, 5ª. ed., Nomos, Baden-Baden, 2017.

KLUG, "Abschied von Kant und Hegel" en BAUMANN (comp.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, Fischer, Frankfurt am Main, 1968.

KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, R. v. Decker, Heidelberg, 1986.

— *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Springer Verlag, Berlín-Heidelberg, 1997.

LAUBENTHAL, *Die Renaissance der Sicherungsverwahrung*, *ZStW*, n.º 116, 2004.

LERMAN, "Reseña bibliográfica a 'Teorías de la pena' de Tatjana Hörnle", en *En Letra. Derecho Penal*, n.º 3, 2016, pp. 221 ss.

— "Análisis de los argumentos contra el llamado 'renacimiento' de la retribución", en AMBOS/MALARINO/PASTOR (dirs.), *Prevención e imputación. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho Penal y Procesal Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

MARTINSON, "What Works? Questions and Answers About Prison Reform", en *The Public Interest*, n.º 35, 1974, pp. 22-54.

ORCE, "Problemas de la inclusión de reglas de la prevención en la imputación", en AMBOS/MALARINO/PASTOR (dirs.), *Prevención e imputación. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho Penal y Procesal Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

PAWLIK, *La libertad institucionalizada*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

— "¿Pena o combate de peligros?", en *InDret*, 4/2011.

REIFF/CRUFT, "Antony Duff and the Philosophy of Punishment", en CRUFT/KRAMER/REIFF (comps.), *Crime, Punishment, and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff,* Oxford University Press, Oxford, 2011.

ROBINSON/DARLEY, *Justice, Liability and Blame: Community Views and the Criminal Law*, Westview Press, Boulder, 1996.

ROBINSON, *Principios distributivos del derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

— "El principio de proporcionalidad y merecimiento empírico", en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.° 22, 2015.

ROXIN, *Derecho Penal. Parte General* (trad. Diego Manuel LUZÓN PEÑA y otros), Civitas, Madrid, 1997.

— "Prevención, desaprobación y responsabilidad: acerca de la más reciente discusión sobre los fines de la pena", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.° 6, 2015.

SILVA SÁNCHEZ, "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo", en *InDret*, 2/2007.

STRENG, *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit*, Heidelberg, 1984.

VON HIRSCH, *Doing Justice: The Choice of punishments: Report of the Comittee for the Study of Incarceration*, Hill & Wang, New York, 1976.

— *Censurar y castigar*, Trotta, Madrid, 1998.

YACOBUCCI, "La transformación del derecho penal argentino", en *Prudentia Iuris*, n.° 80, 2015.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 6, pp. 52-88

LA COLISIÓN "DEFICITARIA" DE DEBERES.

CONSIDERACIONES SOBRE LA EXCLUSIÓN DEL INJUSTO OMISIVO EN EJECUCIÓN DE ACTOS DE SALVAMENTO SUPEREROGATORIOS

Dr. Ivó COCA VILA*

Fecha de recepción: 18 de mayo de 2018
Fecha de aprobación: 28 de mayo de 2018

Resumen

Que la omisión del obligado que sirve para dar cumplimiento a un segundo deber de igual o superior rango en situación de colisión de deberes no es antijurídica apenas resulta en la actualidad controvertido. Ahora bien, ¿actúa conforme a derecho el obligado que infringe un deber de salvamento para emprender supererogatoriamente una conducta salvadora inexigible? A dar una respuesta afirmativa a esta pregunta se consagra el presente trabajo. Para ello, se analiza en qué consiste el déficit específico de esta clase de conflictos y por qué razón la inexigibilidad objetiva del deber no afecta a los derechos de salvaguarda de los necesitados. Tras defender la naturaleza excluyente del injusto de la colisión "deficitaria" de deberes, este trabajo concluye resolviendo las cuatro variantes estructurales básicas de este instituto de exención de la responsabilidad criminal.

Palabras clave: Colisión de deberes – Colisión entre razones de obligación – Colisión "deficitaria" de deberes – Supererogación – Inexigibilidad

* Becario de la Fundación Alexander von Humboldt (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg). Profesor Lector (Universidad Pompeu Fabra). El presente trabajo ha sido elaborado en el marco de mi investigación postdoctoral como becario de la Fundación Alexander von Humboldt en el Instituto de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Universidad de Friburgo. Su publicación se encuadra en la ejecución del proyecto financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del Gobierno de España, titulado "La transformación de los principios limitadores del *ius puniendi* en el moderno Derecho penal económico y de la empresa" [DER2017-82232-P (AEI/FEDER, UE]. Agradezco a Leandro Dias, a Héctor García de la Torre y al evaluador anónimo de *En Letra: Derecho Penal* sus comentarios y sugerencias, así como al Dr. Hernán Orozco López su amable disposición para discutir las principales tesis contenidas en este trabajo.

Title: 'Deficient' Collision of Duties. Remarks on the Justification of Omissions though Supererogatory Acts

Abstract

Currently, it does not seem controversial to affirm that the omission of the obligor that serves to fulfill a second duty of equal or higher rank is not to be deemed unlawful in case of a conflict of duties. But, does the obligor who infringes a duty of rescue to undertake an unenforceable saving behavior acts in accordance with the law? The work will attempt to answer this question affirmatively. In order to do this, we analyze what the specific deficit of this type of conflicts consists of and why the objective unenforceability of duty does not affect the rights of safeguarding of the needy. After defending the exclusionary nature of the unjust from the "deficit" collision of duties, this work concludes by solving the four basic structural variants of this institute of justification.

Keywords: Collision of duties – Collision between grounds of obligation – 'Deficient' collision of duties – Supererogation – Fair expectability

Sumario

I. Introducción; II. La colisión "deficitaria" de deberes; 1. Introducción; 2. La colisión entre razones de obligación; a. La determinación de un deber ante la concurrencia de razones de obligación incompatibles; b. La jerarquización de las razones de obligación en conflicto; c. La disolución de los conflictos entre razones de obligación; 3. La inexigibilidad de un mandato como rasgo definitorio de las colisiones "deficitarias" de deberes; 4. Variantes estructurales de la colisión "deficitaria" de deberes; III. La colisión "deficitaria" de deberes como causa especial de exclusión del injusto; 1. Introducción; 2. ¿Derecho de salvaguarda sin correlativo deber exigible de salvamento?; 3. La colisión "deficitaria" de deberes como causa de exclusión del injusto; 4. Resolución de las cuatro variantes estructurales de la colisión "deficitaria" de deberes; IV. Conclusiones; V. Bibliografía.

I. Introducción

El que para poder hablar de una colisión de deberes penalmente relevante es necesario que sobre un único sujeto recaigan, como mínimo, dos deberes de imposible satisfacción cumulativa parece difícilmente cuestionable. Solo entonces el cumplimiento de un deber presupone conceptualmente la infracción del opuesto y, por consiguiente, solo en tal caso se plantea el problema de cómo la colisión de deberes habría de influir en la valoración jurídico-penal de la infracción de uno de los deberes *prima facie* en conflicto. NEUMANN, sin embargo, viene desde

hace un tiempo poniendo en cuestión esta premisa fundamental de la dogmática penal contemporánea de la colisión de deberes.[1] Dicho instituto, como causa de justificación especial del delito omisivo, operaría también ante situaciones dilemáticas en las que el obligado lo está por un único deber y, por lo tanto, en las que no existe —*sensu stricto*— colisión alguna de deberes. El ejemplo al que recurre una y otra vez NEUMANN para fundamentar tan llamativa aseveración es el siguiente:

> Tras el naufragio de una embarcación, un paseante con formación sanitaria pero mal nadador, se encuentra en la siguiente disyuntiva: o bien atiende en la orilla a un sujeto en peligro de muerte; o bien se adentra en la fuerte marea a fin de salvar de una muerte segura por ahogamiento a un segundo necesitado. Pese a que el salvamento de este segundo necesitado resulta inexigible en atención al riesgo

[1] Hasta donde alcanzo, plantea por primera vez esta posibilidad en la primera edición de su influyente comentario al § 34 StGB en el *Nomos Kommentar*. Cfr. NEUMANN, "§ 34", en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), NK-StGB, 1.ª ed., 4.ª entrega, Baden-Baden, Nomos, 1997, n.º m. 127; y, posteriormente, ÍDEM;, "Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen", en *FS-Roxin*, Berlín/Nueva York, Walter de Gruyter, 2001, pp. 433 s.; ÍDEM, "Zur Struktur des strafrechtlichen Instituts der „Pflichtenkollision"", en *FS-Yamanaka*, Berlín, Duncker & Humblot, 2017, pp. 182 ss.; ÍDEM, "§ 34", en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), NK-StGB, 5.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017, n.º m. 127. Recientemente asume el planteamiento de NEUMANN en este punto, además, KÜPER, "Probleme der „defizitären" rechtfertigenden Pflichtenkollision", *JuS,* 12/2016, pp. 1070 ss. El problema lo habían advertido de pasada ya BLEI, *AT*, 18.ª ed., 1983, p. 335, quien entendía que los supuestos en los que se infringe un deber de actuar en ejercicio de un derecho habían de solventarse conforme a los principios de solución de la colisión de deberes y, entre nosotros, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, "'Más allá del deber': Consideraciones introductorias sobre los 'comportamientos supererogatorios' en el Derecho penal peruano", en *Revista Peruana de Ciencias Penales,* (11-12), n.° m. 47, 2002, p. 178; y antes, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, Bosch, 1994, pp. 225 s., n.° m. 509, 249 ss.; quien plantea la variante estructural de la colisión de deberes de actuar en la que "concurren dos acciones de salvaguarda alternativamente posibles, no acarreando una de ellas riesgo propio alguno y acarreando la otra riesgos propios rayanos en el límite de la inexigibilidad objetiva". Esta diferencia constituiría "un elemento valorativo que no puede sino tenerse en cuenta en los casos de deberes de actuar en amparo ajeno activo de imposible cumplimiento simultáneo". El problema de los conflictos entre deberes y actos supererogatorios es también objeto clásico de estudio en la discusión filosófica. Al respecto, cfr. por ejemplo, STOCKER, *Supererogation*, doctoral dissertation, Harvard University, cap. 6, 1966; HURD, "Duties Beyond the Call of Duty", en *JRE*, 6/1998, pp. 36 ss.; o KAMM "Supererogation and obligation", en *The Journal of Philosophy*, 3/1985, pp. 119 ss.; ÍDEM, *Morality, Mortality*, vol. II, *Rights, duties, and status*, Nueva York, Oxford University Press, 1996, pp. 313 ss.; ÍDEM, *Intricate Ethics*, *Rights, Responsibilities, and Permissible Harm*, Nueva York, Oxford University Press, 2007, pp. 260 ss.

> propio que el obligado habría de asumir, el paseante decide no satisfacer su deber de socorro ex § 323c StGB[2] para con el necesitado que se encuentra en la orilla y emprender así el salvamento no debido de quien peligra de morir ahogado en las profundidades del mar.

Aunque sobre el obligado recae en este supuesto un único deber, el de salvar a quien se encuentra en la orilla, pues el salvamento de quien se está ahogando en el mar resulta objetivamente inexigible en atención al peligro concreto que supondría para la vida del obligado,[3] NEUMANN entiende que el osado paseante que opta por lanzarse al agua y salvar supererogatoriamente a quien es acechado por una muerte segura habría de ver también justificada la infracción de su deber de socorro en "colisión de deberes".[4] En favor de esta conclusión esgrime el referido autor los dos siguientes argumentos materiales.

Por un lado, NEUMANN entiende que en el marco de un ordenamiento jurídico liberal habrían de ser principalmente los intereses en juego, y no los deberes en liza, el factor decisivo a la hora de resolver una situación de necesidad.[5] El deber de solidaridad que infringe el paseante en el ejemplo propuesto no aumentaría *per se* el valor del interés que aquel deja a su suerte,[6] de modo

[2] El § 323c StGB reza como sigue: (1) Quien en caso de accidente o de peligro común o necesidad no preste ayuda cuando ello es necesario y exigible conforme a las circunstancias, en especial, cuando sea posible auxiliar sin peligro propio y sin infringir otros deberes importantes, será castigado con una pena privativa de libertad de hasta un año o con pena de multa. (2) Del mismo modo será castigado quien en tales situaciones entorpezca la ayuda que un tercero presta o quiere prestar.

[3] Adviértase que para NEUMANN la inexigibilidad del deber de socorro respecto de quien se ahoga en el mar no parece traer causa de la escasa probabilidad de éxito de la conducta salvadora, sino tan solo del riesgo de muerte inherente a su emprendimiento. Cfr. NEUMANN, *supra* nota 1, *FS-Yamanaka*, p. 183.

[4] A decir verdad, no queda suficientemente claro en el planteamiento de NEUMANN si la justificación de la infracción del deber de socorro presupone necesariamente la salvaguarda de un interés superior, como sucede en el ejemplo propuesto por él a tenor del distinto grado de peligro de muerte al que se enfrentan los necesitados (cfr. NEUMANN, *supra* nota 1, *FS-Roxin,* pp. 433 s.) o si, por el contrario, la mera equivalencia entre los intereses en juego bastaría ya para justificar la infracción de un deber de socorro. En este último sentido, vid. KÜPER, *supra* nota 1, p. 1073.

[5] Cfr. NEUMANN, "Die Moral des Rechts", en *JRE,* (2), 1994, p. 102; ÍDEM, *supra* nota 1, *FS-Roxin*, p. 423; ÍDEM, *supra* nota 1, *NK-StGB,* n.° m. 125.

[6] Algo distinto valdría, sin embargo, cuando se tratara de un deber de garante, que sí podría inclinar la balanza en caso de conflicto en favor del sujeto beneficiario de ese deber. Al respecto, cfr. NEUMANN, *supra* nota 1, *FS-Yamanaka*, n.° m. 26, p. 182. Lo mismo correspondería en caso de una auténtica colisión de deberes cuando entran en conflicto un deber de garante y uno de solidaridad: salvo que el interés protegido

que la mínima diferencia entre el peligro que se cierne sobre los dos necesitados bastaría para justificar la omisión típica del obligado. Por otro lado, considera NEUMANN que solo la regla específica de la justificación en colisión de deberes, a saber: la mera equivalencia entre intereses, excluye ya el injusto del delito omisivo; permitiría resolver los supuestos que aquí nos ocupan de forma materialmente justa. En la medida en que la infracción del deber de socorro no constituye una injerencia en la posición jurídica del necesitado, sino más bien la mera no salvaguarda de un interés en peligro, la justificación de tal infracción, siempre según NEUMANN, no requeriría la salvaguarda de un interés esencialmente preponderante, tal y como exige sin embargo la regulación alemana del estado de necesidad agresivo (§ 34 StGB).[7] Sería, pues, suficiente con constatar en tales supuestos que el obligado salvaguarda un interés ligeramente superior, cuando no ya idéntico, al que deja a su suerte.[8] Este distinto umbral de justificación no haría sino reflejar la diferencia cualitativa que media entre la infracción de una prohibición, como lesión fáctica de un interés que constituye al mismo tiempo una injerencia en una esfera jurídica ajena, y la infracción de un mandato, como mera no salvaguarda de un interés en peligro.[9]

Lo anterior pone a las claras por qué NEUMANN quiere tratar como colisiones de deberes supuestos en los que ni concurren ni coliden deberes. Lo pretendido por dicho autor es, en realidad, elevar la norma de justificación de la colisión de deberes a regla general de exclusión del injusto en el delito omisivo. Para ello, distingue nítidamente entre el fenómeno de la colisión de

por este último preponderara esencialmente frente al protegido por el deber de garante, este sería el deber preferente. Vid. NEUMANN, *supra* nota 1, *NK-StGB*, p. 129; ÍDEM, *supra* nota 5, p. 92 s.

[7] Cfr. NEUMANN, *supra* nota 1, *NK-StGB,* n.º m. 125; ÍDEM, *supra* nota 1, *FS-Yamanaka*, p. 174. El § 34 StGB reza como sigue: El que, ante un peligro actual, e inevitable de otro modo, para la vida, integridad, libertad, honor, propiedad u otro bien jurídico, comete un hecho para apartar el peligro de sí o de otro, no obra antijurídicamente si, al ponderar los intereses contrapuestos, y en particular los bienes jurídicos afectados y el grado de los peligros que los amenazan, el interés salvaguardado prepondera esencialmente sobre el lesionado. No obstante, lo anterior solo rige en caso de que el hecho constituya un medio adecuado de evitación del peligro.

[8] Cfr. NEUMANN, *supra* nota 1, *NK-StGB*, n.º m. 127; ÍDEM, *supra* nota 1, *FS-Roxin*, p. 433 s.

[9] Pese a que NEUMANN reconoce en *NK-StGB*, n.º m. 102 y 129 (*supra* nota 1) que ciertas infracciones de deberes de actuar sí suponen además de la no salvaguarda de un interés en peligro la injerencia en una posición jurídica ajena, esto es lo que sucede cuando un garante infringe su deber, en su planteamiento queda abierta la cuestión de cómo deberían tratarse los conflictos entre deberes de garante e intereses cuya salvaguarda no es obligatoria. Cfr. al respecto, NEUMANN, *supra* nota 1, *FS-Yamanaka*, p. 176, nota 14. Allí tan solo se afirma que para justificar la infracción de un deber de garante a fin de salvaguardar (supererogatoriamente) un interés esencialmente preponderante cabría recurrir al § 34 StGB.

deberes de imposible satisfacción cumulativa y la colisión de deberes como instituto penal de exclusión del injusto omisivo.[10] Mientras que el conflicto (fenomenológico) entre un mandato y una prohibición no integraría el ámbito conceptual de este instituto, pues se habría de regir por las reglas generales del estado de necesidad agresivo (§ 34 StGB),[11] sí lo harían aquellos conflictos en los que la infracción de un deber de actuar sirve al cumplimiento de otro mandato,[12] aquellos en los que el obligado por un deber de actuar infringe su obligación para salvaguardar un interés propio cuyo sacrificio resulta inexigible[13] y aquellos en los que la infracción de un deber de socorro es condición necesaria para la salvaguarda no obligatoria (supererogatoria) de un interés ajeno. Así pues, el instituto penal de la colisión de deberes, con independencia de si coliden o no obligaciones, constituiría la causa fundamental de exclusión del injusto del delito omisivo, capaz de justificar la infracción de un deber de actuar (mandato) cuando con ello se salvaguarda un interés igual o (ligeramente) superior al que se deja a su suerte.[14] Esta definición puramente funcional del alcance del instituto, sin embargo, no es óbice para que NEUMANN reconozca que su *nomen iuris* resulta equívoco. En su opinión, sería conveniente remplazar el concepto de "colisión de deberes" por el de "colisión de intereses a salvaguardar", a fin de evitar un uso del lenguaje

[10] Cfr. NEUMANN, *supra* nota 1, *NK-StGB*, n.º m. 124.

[11] Es decir, el obligado lo estaría solo a cumplir la prohibición salvo que el mandato enfrentado salvaguardara un interés esencialmente preponderante. Cfr. NEUMANN, *supra* nota 1, *FS-Roxin*, pp. 423 ss.

[12] Al respecto, en detalle, vid. NEUMANN, *supra* nota 1, *NK-StGB*, n.º m. 124 ss.

[13] Cfr. NEUMANN, *supra* nota 1, *FS-Roxin*, pp. 434 ss.; y tematiza este problema como un conflicto entre un deber de actuar y una incumbencia de autoprotección (*Obliegenheit*), fundamentalmente, JAKOBS, "Kommentar: Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision", en ESER/NISHIHARA (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung,* vol. IV, Friburgo, 1995, pp. 170 s.; ÍDEM, *PG,* 2.ª ed., 1997, 15/10. Distinto es el problema de los conflictos entre incumbencias respecto de terceros o incumbencias con relación a terceros y deberes. Colidirían meras incumbencias, por ejemplo, en el supuesto en el que un médico de guardia debe ocupar momentáneamente la única línea telefónica para solicitar que le faciliten el material necesario para esterilizar su instrumental médico y poder así atender a eventuales pacientes, cuando con ello paraliza la recepción de eventuales llamadas de emergencia. Concurren un deber y una incumbencia (con relación a terceros) en el supuesto en el que un socorrista se ve obligado a realizar un gran esfuerzo físico para salvar a un bañista en apuros cuando ello le incapacita para llevar a cabo una ulterior operación de rescate previsible. Sobre esta clase de conflictos, fundamental, KINDHÄUSER, "Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht", en *JRE*, 2/1994, pp. 339 ss.

[14] Cfr. NEUMANN, *supra* nota 1, *NK-StGB*, n.º m. 127. Y en un sentido muy parecido, vid. tempranamente KÜPER, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision*, Berlin, Duncker & Humblot, 1979, pp. 90 ss.

contrario a las más elementales reglas de la lógica.[15] KÜPER, por su parte, se ha referido recientemente a los conflictos entre deberes de actuar y operaciones de salvamento inexigibles como colisiones "deficitarias" de deberes (justificantes).[16]

La presente contribución pretende trazar las líneas maestras para un adecuado abordaje dogmático de las así llamadas colisiones "deficitarias" de deberes. Para ello, en el siguiente apartado (II) se analiza en qué consiste su déficit específico. Como se verá, a diferencia de un conflicto clásico de deberes, el obligado lo está allí únicamente por un deber, al estimar el ordenamiento inexigible el cumplimiento del opuesto en atención al riesgo para los intereses del potencial obligado. Acto seguido, ya en el tercer apartado (III), se examina de qué manera la inexigibilidad objetiva de una obligación habría de afectar a la valoración jurídico-penal de la no satisfacción de un deber de salvamento para emprender con ello un acto supererogatorio de salvamento incompatible. En este trabajo se defenderá que el peso normativo de los derechos de salvaguarda de los sujetos necesitados no queda determinado por la existencia de un deber que efectivamente los garantice. Así las cosas, se concluye que el obligado que salvaguarda un derecho de igual o superior rango al que deja a su suerte actúa conforme al ordenamiento jurídico, también cuando ello suponga infringir el único deber que el ordenamiento parecía imponerle en la situación dilemática. El presente trabajo concluye con un último apartado (IV) dedicado a condensar las principales tesis defendidas en lo que sigue.

II. La colisión "deficitaria" de deberes

1. Introducción

Antes de examinar cómo habrían de resolverse las colisiones "deficitarias" resulta conveniente concretar el alcance mismo del problema que ahora nos ocupa. Para ello es necesario, en primer lugar, puntualizar qué se entiende en este trabajo por colisión de deberes y bajo qué presupuestos opera este instituto de exclusión del injusto penal. Será entonces, ya en segundo lugar, cuando cabrá preguntarse en qué consiste realmente el déficit característico de las colisiones aquí tematizadas. El presente apartado concluye con la presentación de cuatro ejemplos académicos representativos de sendas variantes estructurales básicas de la colisión "deficitaria" de deberes.

[15] Cfr. NEUMANN, *supra* nota 1, *FS-Roxin*, p. 434.
[16] Cfr. KÜPER, *supra* nota 1, pp. 1070 ss.

2. La colisión entre razones de obligación

a. La determinación de un deber ante la concurrencia de razones de obligación incompatibles

Un sistema de deberes que se legitima funcionalmente no puede imponer al obligado un deber aislado de imposible cumplimiento, ni puede dirigirle dos deberes de posible satisfacción alternativa, pero de imposible cumplimiento cumulativo. Tan disfuncional es obligar al padre que no sabe nadar a que salve a su hijo, como obligarlo a salvar a sus dos hijos cuando solo puede en el caso concreto salvar a uno de ellos. Así pues, como he tratado de fundamentar con detalle en otro lugar,[17] la legitimación de un deber (altamente personal) a partir de una "norma" abstracta genérica depende de un doble análisis.

Se trata de examinar, en primer lugar, la posibilidad de imponer legítimamente a un sujeto un único deber aislado. Para ello, básicamente, se ha de estar a la posición jurídica del obligado y del concreto beneficiario del deber que se pretende legitimar. Es en este primer plano donde opera, pues, la dogmática del riesgo permitido, de la justificación (consentimiento, legítima defensa, estado de necesidad defensivo y agresivo) y de la inexigibilidad.[18] No cabe prohibir a un motorista circular por la vía pública respetando las normas de circulación por el riesgo residual inherente a tal actividad (riesgo permitido), ni obligar al agredido a respetar la vida de su injusto y culpable agresor cuando ello le supone tolerar su propia muerte (legítima defensa), ni exigirle a un ciudadano que ponga su vida en concreto peligro para salvar a un extraño que peligra de morir ahogado (inexigibilidad). Ya en este primer plano analítico despliega sus efectos el principio voluntarista (*ultra posse nemo obligatur*).[19] El ordenamiento jurídico no impone deber de socorro

[17] Cfr. COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal,* Barcelona, Atelier, 2016, pp. 182 ss.; y resumidamente, ÍDEM, "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal", en *InDret*, 2/2017, pp. 8 ss., ambos trabajos con ulteriores referencias.

[18] Adopto esta diferenciación trifásica de ROBLES PLANAS, "Sobre la exclusión del injusto penal", en *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, pp. 188 ss.; y recientemente, ÍDEM, "Norma y delito en Binding, Armin Kaufmann y Mir Puig", en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (coord.), en *LH-Mir Puig*, Montevideo/Buenos Aires, BdeF, 2017, pp. 840 ss.

[19] Sobre el principio voluntarista (*impossibilum nulla obligatio* o *ultra posse nemo obligatur*) y algunas de sus implicaciones en la teoría de las normas, cfr. con múltiples referencias, COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 132 ss.

alguno a quien contempla sentado en un sofá a través del televisor cómo se ahoga a miles de kilómetros de distancia un desconocido.

Superadas estas tres subfases en este plano analítico, la "norma abstracta" deviene en un deber penal que, contemplado aisladamente, podría ser impuesto legítimamente al sujeto que pretende obligarse. Ahora bien, en la medida en que no es descartable que el cumplimiento del deber aisladamente legitimado sea en el caso concreto incompatible con otros deberes que pretenden dirigirse igualmente a un mismo destinatario, resulta todavía necesario un segundo examen a fin de valorar la compatibilidad de las distintas obligaciones que pretenden imponerse a un mismo sujeto. El conflicto entre deberes aisladamente legítimos pero de imposible satisfacción cumulativa, es lo que denominamos clásicamente como una situación de colisión de deberes. Ahora bien, en puridad, no se trata de un conflicto de deberes, entendidos estos como formas obligacionales perfectas y vinculantes, sino más bien de un mero conflicto entre razones de obligación no obligantes.[20] Por razón de obligación me refiero aquí a aquella forma obligacional aisladamente legítima que, en la medida en que su compatibilidad con el resto de razones de obligación que pretenden dirigirse a un mismo sujeto en un caso concreto no ha sido todavía juzgada, carece de fuerza obligante.[21] Solo una vez disuelto el conflicto entre las distintas razones de obligación concurrentes cabe estimar legitimado un auténtico deber, este sí altamente personal y, por consiguiente, de posible cumplimiento para su destinatario.[22] Así pues, todo conflicto

[20] Al respecto, fundamental, JOERDEN, "Der Widerstreit zweier Gründe der Verbindlichkeit. Konsequenzen einer These Kants für die strafrechtliche Lehre von der „Pflichtenkollision"", en *JRE,* 5/1997, pp. 43 ss.

[21] Cfr. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal,* pp. 180 ss.; o resumidamente, ÍDEM, *supra* nota 17, "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal", pp. 8 s.

[22] Aunque no puedo detenerme en este punto, adviértase que en este segundo plano analítico no se trata solo de analizar la compatibilidad de las distintas razones de obligación cuando estas resultan de imposible satisfacción cumulativa, sino que también ha de enjuiciarse la exigibilidad del cumplimiento conjunto de razones de obligación aisladamente exigibles. Repárese en el siguiente ejemplo que tomo de BALDÓ LAVILLA, *supra* nota 1, p. 220, nota 494 y p. 245, nota 555: "[u]na población de la costa, famosa por sus vientos, se ve invadida por un número de 'windsurfistas' que crece día a día; llega un momento en que los pescadores lugareños hacen público que ya no saldrán más a buscarlos, en caso de que se encuentren en dificultades (de lo contrario, se pasaban el día dedicados a estos menesteres)". Aisladamente contemplado, el deber de salvamento es exigible, pues la pérdida específica de intereses que ello exige no parece desproporcionada. Ahora bien, este análisis resulta insuficiente, en la medida en que olvida la dimensión plural y prolongada en el tiempo de todo fenómeno normativo. La pregunta relevante es aquí, pues, si cabe o no imponer un deber diario, o incluso múltiples deberes diarios, de salvamento al pescador, de modo tal que la agregación de mínimas pérdidas diarias de intereses propios acabe haciendo inviable el negocio pesquero en la referida

queda disuelto ya en el momento de la determinación final del deber penal. Bien mirado, tienen razón aquellos autores que afirman que todas las colisiones de deberes son aparentes o que, directamente, no existen auténticas colisiones de deberes.[23]

Desde el prisma de la teoría de las normas son tres, en suma, las vías de disolución de los conflictos entre razones de obligación:[24] o bien una razón de obligación, la de rango superior, alcanza el estatus de deber penal, y desplaza así las razones inferiores que no llegan a constituirse en deber; o bien el ordenamiento impone al obligado un deber altamente personal disyuntivo o alternativo que le obliga a cumplir una de las dos (o más) razones equivalentes en concurso; o bien el ordenamiento procede a reconfigurar a la baja las dos razones concurrentes, e impone finalmente dos deberes altamente personales, ahora sí, de posible satisfacción cumulativa.[25]

b. La jerarquización de las razones de obligación en conflicto

La disolución de un conflicto entre razones de obligación presupone un juicio de jerarquización de las razones enfrentadas. Ahora bien, a diferencia de lo que frecuentemente se afirma en la doctrina penal contemporánea, la disolución de las colisiones entre razones de obligación, como en general la resolución de todos los conflictos de los que se ocupa la teoría de la exclusión del injusto penal, no pasa simplemente por la búsqueda y posterior salvaguarda del más importante de los intereses en juego contemplados holísticamente.[26] Más bien, la jerarquización de las razones de obligación ha de obedecer a un análisis formalizado, esto es, atento a los derechos particulares en juego, y pluridimensional, es decir, respetuoso con los derechos de todos y cada uno de los sujetos involucrados en la situación de conflicto que se pretende resolver.

playa. Sobre la "supererogación acumulativa", vid. BRINKMANN, "Disjunctive duties and supererogatory sets of actions", en *Royal Institute of Philosophy Supplements,* 77/2015, pp. 67 ss.

[23] En este sentido, vid. por ejemplo, JOERDEN, *Logik im Recht*, 3.ª ed., Berlín, Springer, 2018, pp. 55 s.; o BALDÓ LAVILLA, *supra* nota 1, pp. 221 s.

[24] Sobre todo ello, COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 180 ss. y 431 ss.

[25] Esta tercera vía de solución queda esbozada en COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, p. 508. Baste aquí con ilustrar el problema a través del siguiente ejemplo: un médico accede a la última dosis de sangre disponible que puede transfundir por completo a uno de sus dos pacientes, con lo que evitaría cualquier lesión relevante de la integridad física pero condenaría al mismo tiempo a la muerte al segundo paciente; o bien puede distribuir la dosis en partes iguales entre los dos pacientes y salvar ambas vidas, pero condenaría a ambos a sufrir ciertas lesiones físicas como consecuencia de la hipovolemia parcial.

[26] Cfr. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 161 ss., 221 ss. y 268 ss.

Jerarquizar las razones de obligación no consiste, pues, en indagar cuál de los deberes protege el mayor de los intereses en peligro, sino cuál de los derechos de salvaguarda en liza merece en el caso concreto ser finalmente protegido por el ordenamiento jurídico.

En consonancia con la moderna dogmática de la justificación penal,[27] dos son los principios materiales que permiten fundamentar soluciones de jerarquía entre razones de obligación enfrentadas:[28] por un lado, el principio de autonomía permite atribuir los costes de solución del conflicto a quien es responsable de haberlos ocasionado. Verbigracia: quien ha sido negligentemente atropellado por un ebrio conductor goza de un mejor derecho frente a este cuando ambos peligran de morir y un médico tan solo puede socorrer a uno de los dos, por mucho que estén en juego bienes jurídicos equivalentes. Por otro lado, es el principio de solidaridad, ya sea plasmado en vínculos especiales, o en el lazo general de solidaridad entre los miembros de una comunidad jurídica, el segundo parámetro axiológico fundamental a la hora de resolver los conflictos. Con otro ejemplo: el sujeto que peligra de morir en una casa en llamas y puede ser rescatado por su padre tiene un mejor derecho frente a su hermano al que solo acecha la destrucción de su carísima bicicleta aparcada en el garaje.

En todo caso, al igual que la teoría del interés preponderante encuentra en la teoría de la ponderación de intereses su método afín,[29] el recurso a la dupla autonomía/solidaridad como *ratio* del sistema de jerarquización aquí propuesto requiere igualmente una contemplación metodológica del problema algo distinta. Como he expuesto en detalle en otro lugar, son dos las dimensiones relevantes en las que se materializa un conflicto entre razones de obligación.[30] Por un

[27] Cfr. por todos, WILENMANN, "El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal", en *InDret,* 3/2014, pp. 3 ss., con múltiples referencias; y en un sentido esencialmente coincidente, COCA VILA, "Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo", en *InDret,* 1/2011, pp. 2 ss. y 33 ss.

[28] Sobre todo ello, con múltiples referencias, cfr. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 268 ss.; y resumidamente, ÍDEM, *supra* nota 17, "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal", pp. 16 ss.

[29] *Pars pro toto,* MOLINA FERNÁNDEZ, "El estado de necesidad como ley general", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (2), 2000, pp. 210 ss. y 217 s.

[30] Cfr. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 268 ss.; y resumidamente, ÍDEM, *supra* nota 17, "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal", pp. 18 ss. En los últimos tiempos, con distinción entre el plano de los intereses y los deberes, vid. también, KÜPER, *supra* nota 1, pp. 1072 ss.,

lado, el conflicto se manifiesta en el plano de la relación horizontal (o intersubjetiva) entre los dos necesitados, en el que concurren dos pretensiones o derechos de salvaguarda incompatibles. Por el otro, este conflicto cristaliza en un segundo plano, el vertical, definido por la especie de la razón de obligación (garante o solidaridad general) que vincula a cada uno de los necesitados con el agente obligado.[31]

Así las cosas, la jerarquización de las razones de obligación pasa en un primer momento por examinar si en la relación horizontal alguno de los dos necesitados ostenta conforme a la lógica del sistema de causas de justificación (legítima defensa, estado de necesidad defensivo o agresivo) un mejor derecho frente a su oponente, es decir, si alguno de ellos puede eludir el conflicto a costa de su contrincante de manera justificada. De ser así, imagínense, por ejemplo, que un sujeto se ve en la disyuntiva de salvar la vida de un extraño (deber de solidaridad) o evitar un mínimo menoscabo en el patrimonio de su propio hijo (deber de garante); el conflicto se resuelve en favor del interés de quien ostenta en la relación horizontal un mejor derecho, en este caso, en favor del extraño que puede exigir a su contrincante —conforme a la lógica del estado de necesidad agresivo— el sacrificio del activo patrimonial en peligro.[32] La primacía de la relación intersubjetiva frente a eventuales decisiones de jerarquía opuestas en el plano de la relación vertical obligado-beneficiario se explica por la preeminencia en nuestro ordenamiento del principio del merecimiento como criterio para la distribución de recursos escasos. A fin de cuentas, es frente a los beneficiarios de las razones de obligación en liza que ha de justificarse

quien, sin embargo, le resta valor analítico a la distinción al entender que el peso de los deberes influye simplemente en el valor de los intereses en el marco del juicio de ponderación.

[31] La diferencia reside en el doble plano relacional relevante, pues la dogmática clásica de la justificación sí conoce relaciones subjetivamente triangulares en las que un tercero es el que ejerce en auxilio necesario la potestad defensiva del necesitado. Tales situaciones no presentan especialidad alguna respecto de las situaciones estándar de justificación, pues el actuante lo hace desempeñando el papel del necesitado y ejerciendo en su nombre una potestad defensiva que el ordenamiento reconoce primariamente a su representado. Cfr. por ejemplo, MAÑALICH, "Normas permisivas y deberes de tolerancia", en *La antijuridicidad en el Derecho penal*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2013, pp. 273 ss. La anterior distinción vale aun cuando se asuma que de los preceptos sancionadores de la omisión del socorro debido se deriva una obligación de defender al agredido en auxilio necesario. Sobre esto último, cfr. recientemente COCA VILA, "Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19-24/2017, pp. 5 s., nota 11, con múltiples referencias doctrinales.

[32] En detalle, COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 331 ss.; y resumidamente, ÍDEM, *supra* nota 17, "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal", pp. 20 ss.

primariamente la disolución del conflicto, pues son ellos quienes en última instancia sufren las consecuencias derivadas del conflicto. Y esto rige también cuando el obligado pueda tener un interés particular en cumplir la razón de obligación respecto de quien tiene un peor derecho en la relación horizontal. Verbigracia: la mujer debe salvar, siendo los intereses en juego equivalentes, antes al extraño que a su propio marido cuando es este último el que ha provocado la situación de conflicto. La mejor especie del deber que vincula a la mujer con el marido no puede alterar la prelación de las razones de deber basada en la relación horizontal entre los necesitados.[33]

Cuando no quepa constatar en la relación horizontal un mejor derecho, como sucede, por ejemplo, en el caso del padre que ha de escoger a cuál de sus dos hijos salva de morir ahogado tras naufragar la embarcación en la que navegaban conjuntamente, entra en consideración la especie de la razón de obligación como factor subsidiario de resolución del conflicto.[34] Ahora bien, como tempranamente pusiera de relieve SILVA SÁNCHEZ, la tradicional distinción entre deberes de garante y de solidaridad es excesivamente tosca,[35] pues no hace justicia al carácter gradual del ejercicio de libre autovinculación al que reconducir en última instancia el nacimiento de todo deber penal. Entiendo, pues, que son tres las clases de deberes distinguibles en atención a su especie:[36] me refiero, en primer lugar, a los deberes de competencia plena (o de garante), como expresiones obligatorias de la máxima intensidad, reconducibles también a un comportamiento cumplidamente libre del agente obligado. Entre estos se cuentan, además de los deberes básicos de no dañar organizativamente, los deberes de salvamento tras asunción efectiva, los deberes del tráfico, los deberes de salvamento tras injerencia plenamente responsable, los deberes nucleares propios de la relación paterno-filial, así como ciertos deberes en el marco de relaciones estatales de sujeción especial. En segundo lugar, cabe advertir una inferior clase de deberes a los que

[33] Con mayor profundidad y ulteriores referencias doctrinales, vid. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 421 ss.; y resumidamente, ÍDEM, *supra* nota 17, "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal", pp. 27 ss.

[34] Vid. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 425 ss.; y resumidamente, ÍDEM, *supra* nota 17, "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal", p. 28.

[35] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión: Concepto y sistema*, 2.ª ed., BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2012, p. 470, nota 8, pp. 476 s.; y de idéntica opinión, ROBLES PLANAS, "Deberes negativos y positivos en Derecho penal", en *InDret,* 4/2013, pp. 13 ss.

[36] Al respecto, cfr. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 288 ss.; y resumidamente, ÍDEM, "La legítima defensa frente a omisiones", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* 69/2016, pp. 101 ss.; ÍDEM, *supra* nota 17, "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal", p. 25 s.; o ÍDEM , *supra* nota 31, pp. 30 ss.

denomino de competencia preferente y cuya legitimación trae causa en actos de libertad especial del obligado de naturaleza algo más tenue. Estos no solo pueden tener un origen positivo (solidaridad agravada), piénsese, por ejemplo, en deberes estatales o familiares de segundo grado, sino que, como nos demuestra la dogmática del estado de necesidad defensivo, también pueden ser derivados del principio negativo de no interferencia (*neminem laede*). Ello es lo que sucede de forma paradigmática con el deber de salvamento tras injerencia no plenamente responsable (fortuita en ejercicio de riesgos especiales o imprudente). Finalmente, esta tripartición se completa con los deberes de competencia mínima (o de solidaridad general), apenas reconducibles a actos de autonomía del obligado, de los que solo cabe derivar, por lo tanto, deberes jurídico-penales de nimia entidad (deberes estatales *quivis ex populo*). El caso paradigmático es, sin duda, el deber general de socorro.

Pues bien, atendiendo al grado de ejercicio de libertad al que reconducir su nacimiento, los deberes de competencia plena (deberes de garante) priman sobre los de competencia preferente y ambos, a su vez, sobre los de competencia mínima (solidaridad). Allí donde sea imposible establecer una diferencia entre las razones de obligación enfrentadas en atención a la relación horizontal entre los necesitados, será la distinta especie del deber el factor determinante para su jerarquización.[37] Y ello, si no voy errado, resulta compatible con la comprensión individualista del conflicto que aquí se defiende. Tampoco la víctima puede en ese caso invocar razonablemente nada en contra de la decisión jerárquica basada en la especie del deber pues, desde un comienzo, su posición jurídica es normativamente más débil que la de su adversario al estar garantizada por una razón de obligación de menor intensidad. Con un ejemplo: a igualdad de bienes en juego, el hijo tiene frente al padre obligado un mejor derecho que un extraño en apuros, y el obligado debe cumplir su deber de garante a costa del deber general de solidaridad. La especie de la razón de obligación sirve aquí para deshacer la situación de empate que arroja el examen comparativo de los derechos de salvaguarda enfrentados en el plano horizontal.

c. La disolución de los conflictos entre razones de obligación

Como se ha señalado arriba, allí donde sea posible jerarquizar las razones en conflicto, el ordenamiento acaba por elevar la razón de superior rango a la categoría de deber, quedando el

[37] En profundidad, COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 425 s.; y resumidamente, ÍDEM, *supra* nota 17, "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal", p. 28.

obligado vinculado desde un principio por un único deber. La no satisfacción de la razón de obligación de menor rango es, pues, atípica.[38] Mayores problemas se plantean cuando el proceso de jerarquización no arroja diferencia alguna. Basta aquí con señalar que, en contra de lo defendido por un sector minoritario de la doctrina, también en estos supuestos el ordenamiento resuelve el conflicto en el ámbito del injusto. El obligado lo está en tal caso por un único deber, alternativamente configurado, que le obliga a dar satisfacción a una de las dos razones de obligación enfrentadas.[39] La víctima final del conflicto, aun siendo su pretensión equivalente a la que decide salvaguardar el obligado, no puede interrumpir el curso salvador que aquel decide iniciar.[40] Y es que, por un lado, los dos necesitados son en cierta medida corresponsables (en un sentido lato) por la situación de necesidad, en la medida en que al exigir la salvaguarda de su derecho ponen en peligro el ajeno. Nadie puede, pues, exigir válidamente desde un comienzo ser considerado como un sujeto ajeno al conflicto. Por el otro lado, los dos necesitados tienen un interés legítimo en que, como mínimo, uno de los dos derechos enfrentados sea finalmente garantizado. Ahora bien, para ello es necesario, en primer lugar, que el obligado sea requerido a cumplir una de las dos razones en conflicto y, en segundo lugar, que el sujeto que tras la decisión del obligado es llamado a soportar los costes del conflicto no obstaculice el curso de cumplimiento que este inicia. Quien dispone en un momento previo de la posibilidad de ser salvado gracias a la renuncia en abstracto de los dos sujetos implicados a la salvación de sus propios intereses, no puede posteriormente, y una vez que ya se han concretado los roles, desmarcarse válidamente de los costes del disfrute de aquella última posibilidad.[41] Adviértase que al reconocer a la víctima final del conflicto un derecho de defensa se estaría exponiendo ilegítimamente al obligado a los ataques defensivos de los necesitados o sus potenciales auxiliantes. ¿Cómo iba el ordenamiento a obligar a

[38] La discusión entre los partidarios de ubicar el problema en el ámbito del tipo y aquellos que creen que ha de resolverse en sede de justificación carece en mi opinión de auténtica trascendencia material. En todo caso, los partidarios de la teoría de la justificación no han explicado convincentemente por qué el obligado que incumple los dos deberes solo debería responder por la infracción de uno. Por razones estrictamente analíticas estimo preferible resolver los conflictos a través de una causa de exclusión del tipo. Sobre todo ello, COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 186 ss.

[39] Cfr. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 438 ss.

[40] Para una crítica de las soluciones intermedias (espacio libre de derecho, exclusión del injusto penal, acciones no prohibidas, justificación débil…) que abogan por reconocer la no antijuridicidad de la infracción de un deber, pero conceden a la víctima del conflicto un derecho de defensa frente al obligado o el segundo necesitado, vid. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 447 ss.

[41] Los detalles en COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 446 ss.; ÍDEM, *supra* nota 17, "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal", pp. 30 ss.

un sujeto —bajo amenaza de pena— a salvar a uno de los dos niños y, al mismo tiempo, permitir que terceros le ataquen a fin de que altere el curso de salvación emprendido? Ni siquiera ante conflictos entre razones de obligación equivalentes el derecho capitula ante los puños del más fuerte.

3. La inexigibilidad de un mandato como rasgo definitorio de las colisiones "deficitarias" de deberes

Visto lo anterior, se torna evidente dónde reside la irregularidad de las así llamadas colisiones "deficitarias". En un conflicto de deberes al uso, las razones de obligación enfrentadas son —aisladamente contempladas— plenamente legítimas. En el clásico ejemplo del padre que naufraga junto a sus dos hijos, la razón de obligación de garante del padre con relación al primogénito es, separadamente examinada, tan legítima y vinculante como la razón de obligación del padre para con el segundogénito. Es únicamente la incompatibilidad de tales razones entre sí el motivo que explica que aquellas carezcan de verdadera fuerza vinculante.

En las colisiones "deficitarias" de deberes, en cambio, no se trata de la concurrencia de dos razones de obligación aisladamente legítimas. El obligado no lo está, en ningún momento, por dos razones de obligación de imposible satisfacción cumulativa, pues, una de estas, ya aisladamente contemplada, resulta de imposible legitimación en atención al grado de sacrificio que precisa su cumplimiento.[42] Y es que, como es sabido, un ordenamiento jurídico que regula una situación dilemática atendiendo a todos los derechos afectados no puede dejar de tomar en consideración el sacrificio que supone para el obligado el cumplimiento del deber de salvamento que se le pretende imponer.[43] Con independencia de dónde se fije el concreto umbral de riesgos propios exigibles al

[42] Lo advierte con razón KÜPER, *supra* nota 1, p. 1071; y anteriormente, aunque a propósito de los conflictos entre deberes e intereses propios, vid. MITSCH, *Rechtfertigung und Opferverhalten,* Hamburgo, Dr. Kovač, 2004, pp. 207 ss. y 209 ss.; o SCHLEE, *Zumutbarkeit bei Vorsatz-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikten*, Hamburgo, Dr. Kovač, 2009, pp. 284 ss.

[43] Sobre la exigibilidad objetiva de la conducta como presupuesto del nacimiento del deber, cfr. por ejemplo, FRELLESEN, *Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung,* Frankfurt aM., Metzner, 1980, pp. 208 ss.; MOMSEN, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten,* Berlín, Nomos, 2005, pp. 424 ss.; HRUSCHKA, *Strafrecht,* 2.ª ed., Berlín, Walter de Gruyter, 1988, pp. 120 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 35, pp. 375 ss.; o BALDÓ LAVILLA, *supra* nota 1, pp. 200 ss.

obligado,[44] y del específico encaje sistemático que se le depare al problema de la inexigibilidad objetiva,[45] resulta evidente que no toda acción necesaria virtualmente obligatoria resulta finalmente debida para quien solo puede satisfacerla a gran coste para sus propios intereses. Y eso vale no solo para el virtualmente obligado por un deber general de solidaridad, sino que también rige cuando es un garante el llamado a emprender la operación de salvamento. En los conflictos que aquí nos ocupan, bien mirado, una de las razones de obligación no supera el primer filtro de legitimación al ser objetivamente inexigible el sacrifico que su cumplimiento requiere.[46] Sobre el obligado no recaen dos razones de obligación aisladamente legítimas, pero de imposible satisfacción cumulativa, sino un único deber de actuar que es incompatible en el caso concreto con un segundo acto de salvamento no debido.

Aisladamente contemplado, en nuestro ejemplo de partida el salvamento de quien peligra morir en el mar es, como mínimo a ojos del derecho (penal), un comportamiento supererogatorio, esto es, una acción voluntaria loable, cuya omisión no es censurable, y que no

[44] Sobre los distintos grados de sacrificio exigible en atención a la distinta naturaleza del deber de actuar, cfr. por ejemplo, JAKOBS, *supra* nota 13, *PG,* 15/11 ss., en donde distingue entre deberes de solidaridad y deberes de garante organizativos e institucionales; o HRUSCHKA, "Rettungspflichten in Notstandssituationen", en *JuS,* 6/1979, pp. 390 ss.; ÍDEM, *supra* nota 43, pp. 120 ss. y 158 s., quien distingue a tales efectos entre los deberes de aseguramiento y los de custodia.

[45] La doctrina contemporánea coincide ampliamente en que la inexigibilidad de la conducta debida afecta ya al tipo objetivo del delito omisivo propio. Monográficamente, FRELLESEN, *supra* nota 43, pp. 156 ss. y 209 ss. Cfr., sin embargo, KÖHLER, *AT,* 1997, pp. 297 s. Más controvertida resulta la ubicación sistemática del problema en el delito omisivo impropio. Mientras que para un importante sector doctrinal también los conflictos entre los intereses del garante y los del garantizado han de resolverse en el tipo objetivo, así por ejemplo, FREUND, "§ 13", *MK-StGB*, 3.ª ed., 2017, n.º m. 201; HRUSCHKA, *supra* nota 43, pp. 120 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 35, pp. 375 ss.; para otros se trataría de un problema de justificación, cfr. por ejemplo, JAKOBS, *supra* nota 13, *PG,* 15/11 ss. y 29/98; o MOLINA FERNÁNDEZ, "Omisión del deber de socorro y omisión de asistencia sanitaria", en BAJO FERNÁNDEZ (ed.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial),* vol. II, Madrid, Ceura, 1998, pp. 154 s. Tampoco faltan quienes abogan por relegar el problema al ámbito de la culpabilidad, vid. por ejemplo, BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, *AT,* 12.ª ed., 2016, § 15, n.º m. 19; o STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6.ª ed., Múnich, Vahlen, 2011, § 14, n.º m. 82.

[46] A lo sumo, en los casos que aquí nos ocupan, podría derivarse de la "norma abstracta" un deber de socorro imperfecto, un mero "consejo" carente de fuerza vinculante. Sobre la distinción entre deberes o preceptos (*praecepta*) y meros consejos (*consilia*) en la tradición escolástica y en su tributaria discusión filosófica, cfr. HRUSCHKA, "Supererogation and Meritorious Duties", en *JRE,* 6/1998, pp. 93 ss.; JOERDEN, *supra* nota 23, pp. 197 s.; o ambos en HRUSCHKA/JOERDEN, "Supererogation: Vom deontologischen Sechseck zum deontologischen Zehneck", en *ARSP*, 1/ 1987, pp. 93 ss.

deviene obligatoria dado el sacrificio propio que su realización le supondría al potencial obligado.[47] Se trata, pues, de una acción que no está prohibida, pero tampoco es obligatoria, ni resulta jurídicamente indiferente, sino más bien atribuible a su autor a título de mérito.[48] Su ejecución, como la de cualquier otra auto-puesta en peligro, no requiere —en principio— de norma de autorización alguna, incluso cuando el actuante asume riesgos concretos para su vida o integridad física.[49] Ahora bien, que el acto supererogatorio sea con carácter general indiferente para el derecho penal no significa que este no merezca una valoración distinta cuando es examinado en un contexto de acción más amplio. El hecho heroico, como lo es cualquier auto-puesta en peligro, deja de ser irrelevante para el derecho penal tan pronto su ejecución implica en el caso concreto la lesión o puesta en peligro de derechos ajenos.[50] Y es que, dejando ahora a un lado la discusión clásica de teoría del derecho sobre si de una obligación de actuar se deriva automáticamente la

[47] Acerca de la posibilidad y controvertida conceptualización del acto súper y suberogatorio en la discusión filosófica contemporánea, fundamental, URMSON, "Saints and Heroes", en MELDEN (ed.), *Essays in Moral philosophy*, University of Washington Press, 1958, pp. 198 ss.; y posteriomente, HEYD, *Supererogation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, pp. 115 ss.; HURD, *supra* nota 1, pp. 4 ss.; KAMM, *supra* nota 1, "Supererogation and obligation" pp. 119 ss.; ÍDEM, *supra* nota 1, *Morality, Mortality*, pp. 313 ss.; ÍDEM, *supra* nota 1, *Intricate Ethics*, pp. 260 ss.; o MOORE, "Liberty and Supererogation", en *JRE*, 6/1998, pp. 121 ss. Mientras que el acto supererogatorio sería aquel no obligatorio cuya ejecución es loable y su omisión no censurable (piénsese en el soldado que se abalanza sobre una granada para salvar a sus camaradas), el suberogatorio sería aquel no obligatorio cuya ejecución es censurable y su omisión no loable (piénsese, por ejemplo, en la persona que mata a su agresor en legítima defensa cuando la huida [facultativa] es todavía posible).

[48] Acerca de la naturaleza deóntica del acto supererogatorio, cfr. solo JOERDEN, *supra* nota 23, pp. 195 ss.; ÍDEM, "Deontische Logik", en HILGENDORF/JOERDEN (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, Springer, 2017, pp. 242 ss.; y monográficamente, WESSELS, *Die gute Samariterin*, Berlín/Nueva York, Walter de Gruyter, 2002, *passim*.

[49] De la cláusula de inexigibilidad no cabe derivar el deber de no asumir el coste considerado inexigible. Si una auto-puesta en peligro es considerada con carácter general como un ejercicio de libertad intrascendente para el derecho penal, más aun lo ha de ser la auto-puesta en peligro en salvaguarda ajena. En este sentido, cfr. BALDÓ LAVILLA, *supra* nota 1, pp. 212 ss., n. 478.; y en la discusión filosófica, en el mismo sentido, cfr. por ejemplo, HEYD, *supra* nota 47, pp. 174 s.

[50] O como señala BALDÓ LAVILLA, *supra* nota 1, p. 212, nota 478, nadie requiere una norma de autorización para ponerse a sí mismo en peligro, pero sí cuando la salvaguarda ajena acarree riesgos no solo propios, sino también para esferas organizativas autónomas ajenas. En este mismo sentido, vid. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *supra* nota 1, p. 178.

prohibición de llevar a cabo todo comportamiento que haga imposible su cumplimiento,[51] lo cierto es que en los supuestos que aquí nos ocupan la ejecución del acto supererogatorio supone *de facto* dejar de cumplir el deber de salvamento que el ordenamiento impone al obligado. Contemplado el acto supererogatorio en toda su dimensión, este no solo constituye una auto-puesta en peligro propia, sino la lesión de una pretensión de salvaguarda ajena no válidamente consentida. En las colisiones de deberes "deficitarias", en suma, no estamos ni ante una colisión de deberes, ni ante un acto supererogatorio jurídicamente indiferente, sino frente a un conflicto entre un deber y un acto meramente supererogatorio.[52] Lo imposible no es cumplir dos razones de obligación contrapuestas, sino emprender un curso de salvamento supererogatorio sin infringir al mismo tiempo el único deber de socorro que el ordenamiento le impone al obligado.

Sentado lo anterior, parece en todo caso posible afirmar que el motivo del decaimiento de la razón de obligación del paseante para con el necesitado en el mar no es un factor despreciable a la hora de valorar el comportamiento de quien infringe su deber para emprender supererogatoriamente una operación de salvamento.[53] En las colisiones "deficitarias" de deberes

[51] Al respecto, cfr. HRUSCHKA, "Pflichtenkollisionen und Pflichtenkonkurrenzen", en *FS-Larenz,* Múnich, Beck, 1983, pp. 271 ss. Si resulta que del deber de salvar a quien se ahoga en la orilla se deriva la prohibición de llevar a cabo toda forma de comportamiento que sea incompatible con dicho deber, el salvamento de quien peligra de morir ahogado en el mar no sería ya un acto supererogatorio, sino uno sencillamente prohibido. En este sentido, vid. por ejemplo, RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, Berlín, Duncker & Humblot, 1994, p. 217, n.° m. 243. De otra opinión, VOGEL, *Norm und Pflicht,* Berlín, Duncker & Humblot, 1993, pp. 94 ss.

[52] Cfr. al respecto KAMM, *supra* nota 1, "Supererogation and obligation", pp. 119 ss. y 122; ÍDEM, *supra* nota 1, *Morality, Mortality*, pp. 313 ss.; ÍDEM, *supra* nota 1, *Intricate Ethics*, pp. 260 ss. y 368 ss.

[53] Con razón criticaron tempranamente HRUSCHKA y JOERDEN, *supra* nota 46, pp. 122 s., el desinterés de la ciencia del derecho penal por los actos supererogatorios y sus consecuencias dogmáticas. Sin ánimo de exhaustividad, advierto como mínimo tres ámbitos en los que el comportamiento supererogatorio puede tener consecuencias jurídico-penalmente relevantes. Me refiero, en primer lugar, a la valoración normativa —a los efectos de justificar o exculpar un acto posterior de defensa— de la provocación de una situación de necesidad propia en ejecución de un acto de salvamento supererogatorio. En segundo lugar, a la hora de valorar la infracción de un deber incompatible, ya sea con intereses generales, piénsese en el bañista que en infracción a la prohibición de baño (bandera roja) se adentra en el mar para rescatar a un niño; ya sea con intereses particulares, piénsese en el caso arriba planteado del paseante que incumple su deber de socorro con un necesitado para salvar la vida de quien peligra de morir en el mar. En tercer lugar, merece igualmente la pena analizar de qué manera habrían de influir en la determinación final de la pena comportamientos supererogatorios del responsable de un delito. Cfr., sobre esto último, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *supra*

ocurre que el ordenamiento jurídico, más allá de la relación que media entre los posibles necesitados, opta por imponer al obligado un único deber porque entiende que sería ilegítimo imponerle una segunda razón de obligación dados los costes que su cumplimiento traería consigo. Sin embargo, en la medida en que es el propio obligado el que decide libremente asumir ese sacrificio considerado inexigible por el ordenamiento (auto-puesta en peligro), no parece evidente que la pretensión de salvamento del necesitado al que el derecho había negado en un primer momento protección jurídica, haya de ostentar necesariamente un peor estatus frente al necesitado cuya pretensión estaba desde un principio amparada por una obligación jurídica de socorro.[54] Con otras palabras: asumiendo que la solución a una situación de conflicto (de deberes o de intereses) pasa por un análisis normativo de las distintas pretensiones enfrentadas, en especial, de las de los dos sujetos necesitados, la cuestión fundamental a resolver en los casos que aquí nos ocupan es, por un lado, si la pretensión de la víctima no garantizada por un deber es, *ceteris paribus*, de menor rango que la de su oponente cuando el obligado libremente decide asumir el riesgo que el ordenamiento estimaba inexigible. ¿Tiene con carácter general un mejor derecho a ser salvado quien está protegido por el deber de socorro cuando el obligado está dispuesto a salvar supererogatoriamente a su contrincante? Por otro lado, asumido que el valor normativo de la pretensión o el derecho de cada uno de los necesitados es inmune a la exigibilidad o inexigibilidad de cada uno de los deberes que las garantizan, queda por aclarar si y, en su caso, bajo qué condiciones, puede el obligado infringir su deber para emprender supererogatoriamente el salvamento del segundo necesitado. A responder a estas dos preguntas se dedica el tercer apartado de este trabajo. Antes, sin embargo, se presentan las cuatro variantes estructurales básicas de las colisiones "deficitarias" de deberes.

4. Variantes estructurales de la colisión "deficitaria" de deberes

En lo que sigue, asumo que el obligado lo está siempre por un único deber de actuar, siendo jurídicamente inexigible la salvación del segundo necesitado dado el riesgo concreto que ello

nota 1, pp. 175 ss.; o MAÑALICH, "El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad", en *Revista de Derecho (Valdivia),* 2/2015, pp. 227 ss.

[54] Muy clara en este sentido, KAMM, *supra* nota 1, "Supererogation and obligation", pp. 122 s., con ulteriores referencias a los defensores de la primacía general de la conducta debida frente a la supererogatoria en la filosofía moral.

supone para la vida del obligado.[55] No me ocupo, pues, de la ardua cuestión de cómo concretar la cláusula de exigibilidad, ni de los distintos grados de sacrificio exigible en atención a los vínculos especiales que puedan mediar entre el obligado y el necesitado.[56] Asimismo, a fin de no incrementar innecesariamente la complejidad del problema que aquí interesa resolver, distingo en lo que sigue únicamente entre dos clases de deberes en atención a su especie, los deberes de solidaridad (o de competencia mínima) y los de garante (o de competencia plena). No hago, pues, ulteriores distinciones entre clases de deberes de garante, ni abordo eventuales conflictos entre deberes de competencia intermedia y deberes de garante o de solidaridad.[57] Del mismo modo, ejemplifico de ahora en adelante exclusivamente a partir de supuestos dilemáticos en los que coliden vidas humanas, en tanto supuesto paradigmático de equivalencia entre los derechos de salvaguarda enfrentados. Finalmente, dejo también a un lado el problema de cómo resolver conflictos en los que es posible la salvaguarda de una pluralidad de vidas humanas a costa de la infracción de un deber cuyo cumplimiento supondría la salvaguarda de una única vida.[58] Sentado

[55] Esa es la única razón por la que decae el deber. No me ocupo por lo tanto de aquellos supuestos en los que decae la obligación de salvamento en atención a la probabilidad casi inexistente de que el obligado salve al necesitado. Cfr. MITSCH, *supra* nota 42, pp. 209 ss.; o ALCÁCER GUIRAO, "Límites al deber de socorro", en *Revista General de Derecho Penal,* 26/2016, p. 7. Soy consciente de que en la mayoría de los supuestos imaginables, el riesgo propio y la escasa probabilidad de salvación van de la mano. Ahora bien, en la medida en que se admita que, estando en juego vidas humanas, una mínima probabilidad de éxito ya permite afirmar la equivalencia de derechos en juego, cfr. por ejemplo, KÜPER, *supra* nota 14, pp. 57 ss., la probabilidad de éxito de la operación de salvamento no condicionará decisivamente la resolución del conflicto vital. Tampoco me ocupo de aquellos supuestos en los que el deber de salvamento decae por la válida negativa del necesitado a ser salvado. En el marco de un ordenamiento liberal no hay margen para acciones supererogatorias contrarias a la voluntad de su beneficiario. En este sentido, cfr. solo HRUSCHKA, *supra* nota 43, pp. 166 ss. De forma más distintiva, vid., en cambio, DONATSCH, "Garantenpflicht - Pflicht zur Notwehr- und Notstandshilfe?", en *ZStrR,* 106/1989, pp. 348 ss. y 360 ss.; y próximamente, SILVA SÁNCHEZ, "Terceros en discordia. Del tercero que defiende al agredido al tercero que soporta la defensa", en *LH-Morillas Cueva,* 2018, (en prensa).

[56] Al respecto, cfr. *supra* nota 45.

[57] Sobre esta clase de conflictos, aunque en el marco de la colisión de deberes, cfr. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 415 ss.

[58] Asumo en lo que sigue la tesis de la imponderabilidad cuantitativa y cualitativa de la vida humana. Al respecto, en profundidad, WILENMANN, "Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas", en *InDret,* 1/2016, pp. 1 ss.; y en particular, sobre los conflictos entre tres o más deberes, en los que el obligado puede escoger entre dar satisfacción cumulativa a varios deberes o cumplir uno solo, cfr. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 497 ss., con ulteriores referencias.

lo anterior, son, pues, básicamente cuatro las variantes estructurales de colisión "deficitaria" de deberes penalmente relevantes:

(1) Deber de solidaridad >< Razón de obligación de solidaridad inexigible

En primer lugar, es posible que un deber de solidaridad entre en colisión con una razón de obligación de solidaridad cuyo cumplimiento resulta jurídicamente inexigible. En esta primera estructura ha de encuadrarse el ejemplo propuesto por NEUMANN que fue presentado al comienzo de este trabajo: el paseante está obligado a socorrer a quien se encuentra en la orilla por un deber general de solidaridad, siendo la razón de obligación para con quien se ahoga en el mar inexigible a tenor del riesgo para la vida e integridad física del obligado.

(2) Razón de obligación de solidaridad inexigible >< Deber de garante

En segundo lugar, es posible que la razón de obligación de solidaridad colida con un deber de garante, siendo la primera inexigible. Con un ejemplo: el padre que advierte cómo su hijo peligra de morir ahogado en la orilla se percata en el mismo instante de que un extraño peligra igualmente de morir ahogado tras ser arrastrado por grandes olas debajo de un muelle. La razón de obligación de solidaridad con relación con el extraño es aquí inexigible, pues su cumplimiento expondría al padre a un riesgo cierto de morir ahogado entre las violentas olas del muelle.

(3) Deber de solidaridad >< Razón de obligación de garante inexigible

En tercer lugar, es posible que un deber de solidaridad colida con una razón de obligación de garante, siendo esta inexigible. Con un ejemplo: el padre que advierte cómo su hijo peligra de morir ahogado tras ser arrastrado por grandes olas debajo de un muelle se percata en el mismo instante de que un extraño peligra de morir ahogado en la orilla. El deber de garante del padre para con su hijo es aquí inexigible, pues su cumplimiento expondría al padre a un importante riesgo cierto de morir ahogado entre las violentas olas del muelle.

(4) Deber de garante >< Razón de obligación de garante inexigible

Y en cuarto y último lugar, es posible finalmente que un deber de garante colida con una razón de obligación de garante, siendo esta inexigible. Con un ejemplo: el padre que advierte cómo su hijo peligra de morir ahogado tras ser arrastrado por las olas debajo de un muelle se percata en el mismo instante de que su segundo hijo peligra de morir ahogado en la orilla. La

razón de obligación de garante del padre para con el hijo que trata de mantenerse a flote entre las olas del muelle es aquí inexigible, pues su cumplimiento expondría al padre a un importante riesgo cierto de morir ahogado entre las violentas olas del muelle.

III. La colisión "deficitaria" de deberes como causa especial de exclusión del injusto

1. Introducción

¿Actúa conforme a derecho el obligado que infringe su deber para salvaguardar supererogatoriamente un interés equivalente al que deja a su suerte? Hasta donde alcanzo, la respuesta a esta pregunta pasa por definir, en primer lugar, de qué modo la inexigibilidad de un deber afecta a la pretensión o al derecho de salvamento no garantizado por un deber. Se trata, retomando nuestro ejemplo de partida, de decidir si el hecho de que el necesitado que se encuentra en alta mar no está protegido por un deber de socorro significa al mismo tiempo que su pretensión de salvaguarda es normativamente más débil que la del necesitado que se encuentra en la orilla y sí está protegido por un deber de socorro. Asumiendo que, como aquí se defenderá, el peso normativo de la pretensión de salvaguarda del necesitado no depende de la exigibilidad de un deber que la garantice, queda entonces por aclarar, ya en segundo lugar, de qué modo habría de decaer el injusto derivado de la infracción de un deber necesario para emprender un salvamento supererogatorio. Veamos ambas cuestiones en detalle.

2. ¿Derecho de salvaguarda sin correlativo deber exigible de salvamento?

La posibilidad de considerar conforme a derecho el acto supererogatorio que exige la infracción de un deber de salvamento contrapuesto no entra en consideración para quien estime que el valor normativo de una pretensión de salvaguarda está determinado por la existencia de un deber correlativo. Desde esta perspectiva, la pretensión de salvaguarda del necesitado que no está protegido por un deber carecería de valor normativo o, cuando menos, esta sería de inferior peso que el derecho del necesitado protegido por un deber. Mientras que el no emprendimiento de un acto supererogatorio de salvamento supondría la mera no salvaguarda de un interés normativamente no garantizado, la infracción de un deber de actuar, aunque fuera de solidaridad, sí constituiría una injerencia en la posición jurídica del afectado normativamente relevante. Vistas así las cosas, el obligado que infringe su deber para salvaguardar supererogatoriamente a un segundo necesitado actuaría de forma antijurídica. En la medida en que estaría infringiendo un

deber de actuar para salvaguardar un interés o un derecho de salvaguarda de menor rango, sería imposible de legitimar a ojos del necesitado protegido por un deber la omisión del obligado. A lo sumo, cabría plantearse una posible exculpación del hecho antijurídico, difícilmente admisible en supuestos en los que el autor está vinculado por un deber especial con la víctima final del conflicto.

Esta forma de ver las cosas, sin embargo, no hace justicia a la verdadera razón material por la que uno de los dos necesitados no está protegido en el caso concreto por un deber. En los supuestos que aquí interesan, el obligado no se ve sumido en una auténtica situación de colisión entre razones de obligación única y exclusivamente porque el ordenamiento jurídico no está dispuesto a exigirle el sacrificio propio que el cumplimiento de uno de los dos deberes requiere. Es decir, es solo la voluntad del ordenamiento jurídico de no gravar al obligado sobremanera el motivo por el que el derecho de salvaguarda de uno de los necesitados no encuentra un correlativo deber que lo garantice. Ahora bien, si resulta que el ordenamiento vincula el nacimiento de un deber no solo a las pretensiones de los necesitados, sino también a las del obligado y, en particular, al nivel de sacrificio que el cumplimiento de un deber requiere, parece plausible afirmar que los derechos de salvaguarda de los necesitados no pueden ser definidos enteramente por la existencia o inexistencia de deberes que los garanticen en el supuesto concreto.[59] Retomando el ejemplo con el que se iniciaba este trabajo, que el ordenamiento decida no obligar al paseante a lanzarse al agua en atención al riesgo concreto de muerte que esto le supondría no significa que el derecho de ese necesitado sea frente al de su oponente necesariamente de menor rango.

Y es que, aunque la concreta naturaleza del vínculo de un necesitado con un obligado influye en el pesaje de dos razones de obligación consideradas en la relación horizontal como equivalentes,[60] esto es, el padre debe salvar, *ceteris paribus*, antes a su hijo que a un extraño, aquella

[59] Sobre la precedencia material del derecho subjetivo frente al deber (jurídico-penal), fundamental, HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, Berlín, Duncker & Humblot, 2002, pp. 104 ss., con ulteriores referencias; y en la discusión filosófica, asimismo, cfr. KAMM, *supra* nota 1, *Intricate Ethics*, pp. 242 ss.

[60] Al respecto, en profundidad, vid. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 425 ss. Niegan sin embargo mayor entidad al deber de garante frente al de solidaridad mínima cuando coliden vidas humanas, FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen: zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Colonia, Heymann, 1992, p. 282; FRISTER, *AT*, 7.ª ed., 2015, p. 316, n.º m. 62.

no es determinante cuando el deber decae única y exclusivamente en atención al coste personal que su cumplimiento le supondría al obligado (inexigibilidad). Mientras que es posible legitimar a ojos de un extraño el menor rango de su derecho de necesidad cuando resulta que el obligado a salvarlo lo está también con su propio hijo, pues el valor de su pretensión de salvaguarda se determina también en atención al mejor derecho del segundo necesitado,[61] no hay forma de explicarle a la víctima no protegida por un deber por qué su derecho habría de perder valor frente al de su oponente por el mero hecho de que la conducta indicada es estimada como objetivamente inexigible. Como mínimo, no allí donde el obligado esté dispuesto a asumir libremente el sacrifico propio considerado por el ordenamiento como supererogatorio. El peso de un derecho de salvaguarda en conflicto o, si se prefiere, de la expectativa de salvaguarda del necesitado, en resumidas cuentas, no queda íntegramente definido por la exigibilidad del deber que lo habría de garantizar.[62] La imposibilidad de legitimar un deber que garantice el derecho de salvaguarda del necesitado no elimina automáticamente del mundo de pretensiones normativas atendibles la correlativa expectativa de salvamento.

Si lo anterior es cierto, la pregunta que se plantea inmediatamente es qué sucede cuando el obligado decide efectivamente asumir ese riesgo y deja de cumplir para ello su único deber. ¿Puede el ordenamiento jurídico, asumida la equivalencia normativa de los derechos de salvaguarda enfrentados, considerar conforme a derecho la no satisfacción de la conducta debida cuando el obligado emprende el curso de salvamento supererogatorio?

3. La colisión "deficitaria" de deberes como causa de exclusión del injusto

Pues bien, si resulta que los derechos de salvaguarda de los necesitados no se ven afectados por la declaración de inexigibilidad de una acción de salvamento indicada, parece posible afirmar

[61] Con más referencias, cfr. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 425 ss.

[62] También quien se aferre a la tesis *hohfeldiana* de la correlación entre derechos y deberes puede compartir la conclusión material aquí alcanzada. Vid. HOHFELD, "Some fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", en *Yale L.J.,* 23-1/1913, pp. 16 ss. Críticamente, vid. PERRY, "Correlativity", en *Law and Philosophy,* 28/2009, pp. 537 ss. Aun negando que el necesitado goce frente al potencial salvador de un auténtico derecho, aquel podría conservar una mera "expectativa" normativa de salvaguarda, idónea a su vez para justificar la infracción del único deber que recae sobre el obligado en los conflictos que aquí interesan. La conclusión aquí defendida, si no voy errado, trasciende de la discusión sobre la correlación de los derechos y los deberes y cómo etiquetar (derecho, expectativa…) la pretensión normativa de salvaguarda de quien no está protegido por un deber en atención a los costes que su cumplimiento le exigiría al potencial obligado.

que cuando el propio obligado decide libremente asumir el riesgo propio considerado inexigible y salvaguardar así supererogatoriamente un segundo derecho de salvaguarda, aquel no actúa antijurídicamente. Dada la equivalencia de los derechos en juego, el acto supererogatorio del obligado despliega efectos excluyentes del injusto omisivo.[63]

¿Significa esto que el obligado lo está finalmente por dos deberes? Una primera posibilidad para canalizar la exclusión del injusto en estos supuestos pasaría efectivamente por estimar que la libre decisión del obligado suprime el déficit de la colisión de deberes. Es decir, la libre disposición del obligado para llevar a cabo el acto supererogatorio reactivaría la colisión de deberes, impidiendo el decaimiento de uno de ellos por inexigibilidad, de modo que, como sucede en un escenario clásico de colisión de deberes, el obligado lo estaría por dos razones de obligación de imposible satisfacción cumulativa. Siendo equivalentes las razones enfrentadas, el obligado lo estaría por un deber alternativo y actuaría conforme a derecho si cumpliera cualquiera de las dos razones enfrentadas. Siendo pasibles de jerarquización, el obligado lo estaría por la de superior rango, único deber realmente vinculante en la situación dilemática. Esto significa, con un ejemplo, que el padre que decide supererogatoriamente salvar a su hijo a costa de la vida de un extraño al que debía salvar en virtud de un deber general de socorro quedaría desde el momento de su decisión obligado tan solo por el deber de garante.

Con independencia de sus consecuencias prácticas, esta forma de ver las cosas no parece de recibo. Y es que, bien mirado, se estaría vinculando el nacimiento de un deber a la mera disposición del obligado a cumplirlo. Ahora bien, si la voluntad contraria a lo prescrito no puede hacer desaparecer la prescripción, pues un concepto útil de deber jurídico ha de ser necesariamente compatible con su infracción, la voluntad de llevar a cabo lo no prescrito tampoco puede fundamentar prescripción alguna.[64] Estar dispuesto a hacer un sacrificio, en suma, no puede convertirlo en obligatorio. Y esta objeción no puede soslayarse recurriendo a la figura de un deber de vinculación condicionada del tipo: "estás obligado al salvamento de (A) salvo que ello suponga

[63] En un sentido parecido, cfr. KÜPER, *supra* nota 1, p. 107.

[64] Que la voluntad de cumplir la norma por parte del obligado no puede ser presupuesto de nacimiento del deber es acertadamente advertido por MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, Bosch, 2001, pp. 564 ss. y 566 s. En este mismo sentido, cfr. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, p. 155, nota 129.

un sacrificio de intereses propios igual o superior a (X) y no estés dispuesto a asumirlo".[65] Con ello no se hace sino vincular el nacimiento del deber específico a la voluntad del potencial obligado. Así pues, el padre que opta por salvar supererogatoriamente a su hijo a costa de infringir un deber general de socorro no se autoimpone un deber de garante, ni se coloca a sí mismo en una situación de colisión de razones de obligación.

Descartada la posibilidad de una reactivación de la colisión de deberes, queda, sin embargo, todavía abierta la posibilidad de reconocer al obligado un mero permiso para infringir el único deber que el ordenamiento le dirige en la situación de conflicto. Esta es, en mi opinión, la naturaleza eximente de la colisión "deficitaria" de deberes, que opera como una causa de exclusión del injusto allí donde el obligado infringe su deber para garantizar supererogatoriamente un derecho de salvaguarda superior o equivalente al que se deja a su suerte.[66] Desde una perspectiva formal, la colisión "deficitaria" de deberes puede concebirse como un conflicto entre una razón de obligación plenamente legitimable y una razón de obligación objetivamente inexigible. Ante tal escenario, el ordenamiento jurídico reconoce al obligado la posibilidad de dejar de cumplir la única razón legitimable para salvaguardar un derecho de necesidad de igual o superior rango.[67] Así las cosas, resulta que el obligado se ve ante una situación de colisión "deficitaria" de deberes, ante la siguiente disyuntiva: o cumple con el deber exigible, con total independencia de cuál sea el peso normativo del derecho que con ello garantiza, o bien salvaguarda supererogatoriamente un derecho de igual o mayor peso del que deja a su suerte a través de la infracción de la razón de obligación *prima facie* exigible. En ambos casos el obligado actúa conforme a derecho.

Desde una perspectiva material, las razones que permiten justificar a ojos de la víctima del conflicto que el obligado no salvaguarde su derecho son tres. En primer lugar, es posible que la víctima deba tolerar la no salvaguarda de su pretensión porque el ordenamiento no puede exigirle

[65] En la discusión filosófica, crítica de esta posibilidad, cfr. KAMM, *supra* nota 1, pp. 121 s.; ÍDEM, *supra* nota 1, *Morality, Mortality*, pp. 317 ss.

[66] Le atribuye efectos justificantes, asimismo, KÜPER, *supra* nota 1, p. 1073.

[67] Aunque la distinción entre causas de justificación y de exclusión del tipo carece en mi opinión de verdadera trascendencia material, cabe considerar que la colisión "deficitaria" de deberes, al igual que la colisión estándar entre razones de obligación, excluye ya el tipo objetivo del correspondiente delito omisivo. Al respecto, en detalle y con ulteriores referencias, cfr. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 186 ss. En los últimos tiempos, dubitativo sobre la ubicación del instituto de la colisión de deberes, cfr. además KÜPER, "Die Kollision von Garantenpflichten und die Rechtfertigung pflichtwidrigen Unterlassens", en *FS-Neumann,* 2017, pp. 940 s.

al obligado que la garantice. Esto es lo que sucede cuando el obligado se decide por cumplir el deber de salvamento exigible, con total independencia de cuál de los dos derechos de salvamento enfrentados resulta de mayor peso. En segundo lugar, es posible que la víctima protegida por un deber haya de soportar la lesión de su pretensión de salvaguarda porque el segundo necesitado ostenta un mejor derecho de necesidad, ya sea conforme a la lógica de las causas de justificación (legítima defensa, estado de necesidad defensivo o agresivo), o en virtud del mejor vínculo del necesitado con su obligado (deber de garante frente a un deber de solidaridad).[68] Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el supuesto en el que el padre deja de cumplir el deber de socorro para con un extraño para emprender supererogatoriamente el salvamento de su propio hijo. Y finalmente, en tercer lugar, es posible que, aun siendo completamente equivalentes las pretensiones enfrentadas, la víctima final del conflicto deba tolerar el curso de salvamento que emprende el obligado como consecuencia necesaria de haber gozado en un momento previo de la posibilidad abstracta de que el obligado se decidiera por salvaguardar su pretensión.[69] Esto es lo que acontece en el caso del padre que opta por emprender supererogatoriamente el salvamento de un hijo y deja para ello de cumplir un deber de garante exigible equivalente para con su segundo hijo. Todo lo anterior habrá de quedar de manifiesto en el último epígrafe de este apartado, dedicado a la resolución de las variantes estructurales presentadas arriba.

4. Resolución de las cuatro variantes estructurales de la colisión "deficitaria" de deberes

En el supuesto en el que un obligado deja de cumplir un deber de socorro para salvaguardar supererogatoriamente una razón de obligación de solidaridad inexigible (1), cabe afirmar con KÜPER que el obligado actúa efectivamente conforme a derecho también cuando se decide por emprender el curso de salvamento supererogatorio.[70] En la relación horizontal entre los dos necesitados no existe diferencia alguna, ninguno ostenta —conforme a la dogmática de la justificación o en atención al vínculo con el obligado— un mejor derecho frente a su oponente, de modo que, asumida la disposición del obligado a emprender la acción de salvamento no debida,

[68] Cfr. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 435 ss.; y resumidamente, ÍDEM, *supra* nota 17, "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal", pp. 29 ss.
[69] Al respecto, en detalle, COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 446 ss.; y resumidamente, ÍDEM, *supra* nota 17, "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal", pp. 30 ss.
[70] Cfr. KÜPER, *supra* nota 1, p. 1073.

este puede optar efectivamente por esta segunda opción, quedando excluido el injusto por la infracción del deber de socorro en colisión "deficitaria" de deberes. Y adviértase que, en contra de lo que parece sugerir NEUMANN,[71] no es necesario que el obligado salvaguarde con su acto supererogatorio un interés superior al que deja a su suerte a través de la infracción del deber de socorro. Constatada la equivalencia entre los derechos de salvaguarda enfrentados, siendo irrelevante el deber de socorro a efectos de su valoración, no hay razón por la que la mera equivalencia no habría de bastar para afirmar la conformidad a derecho del acto supererogatorio del obligado que desatiende su deber.

En el supuesto en el que un obligado deja de cumplir un deber de socorro para cumplir supererogatoriamente una razón de obligación de garante inexigible (2), piénsese en el padre que salva supererogatoriamente a su hijo cuando peligra de morir en el mar a costa de la vida del extraño que se encuentra en la orilla, cabe nuevamente afirmar que el obligado actúa conforme a derecho cuando se decide por emprender el curso de salvamento no debido. A diferencia de lo que acontecería ante un supuesto de colisión entre razones de obligación, el obligado no lo está a salvaguardar a su hijo, pues pese a ser superior la especie de la razón de obligación (deber de garante), el grado de sacrificio que requiere su cumplimiento lo torna jurídicamente inexigible. Ahora bien, en la medida en que el padre está dispuesto a asumir el riesgo cierto de muerte para salvar a su hijo, la no satisfacción del deber de socorro exigible no puede ser estimada antijurídica. Es más, adviértase que, conforme a lo aquí sostenido, la no satisfacción del deber de socorro es atípica siempre y cuando dicho deber no garantice un interés esencialmente superior al que garantiza la acción supererogatoria del padre. Con un ejemplo: también actúa conforme a derecho el padre que, más allá de su deber, evita a su hijo unas lesiones de gravedad media cuando para ello deja de cumplir un deber de solidaridad para con el extraño en riesgo de muerte. El mejor derecho del hijo frente al extraño en la relación intersubjetiva no basta para legitimar la imposición al padre del deber de salvar a su hijo, pues a ello se opone la cláusula de inexigibilidad, pero sí logra excluir el injusto cuando el padre opta por asumir supererogatoriamente dicho riesgo y salvar a su hijo. El mejor derecho del extraño, en suma, era solo aparente, en tanto en cuanto el ordenamiento jurídico deja en manos del padre la decisión de si quiere o no salvar a su hijo.

Por el contrario, en el supuesto en el que un obligado deja de cumplir un deber de garante para salvaguardar supererogatoriamente una razón de obligación de solidaridad inexigible (3),

[71] Vid., por ejemplo, NEUMANN, *supra* nota 1, *NK-StGB*, n.º m. 127.

piénsese en el padre que salva supererogatoriamente a un extraño cuando peligra de morir en el mar a costa de la vida de su hijo que se encuentra en la orilla, el obligado actúa de forma antijurídica. Y ello con total independencia de que salve un interés equivalente al que deja a su suerte. En este caso, el hecho de que el obligado decida asumir el riesgo inherente a la operación de salvamento del extraño no es motivo suficiente para contrarrestar el mejor derecho del hijo protegido por el deber de garante frente al extraño. Se advierte, pues, con especial claridad de qué modo la aprehensión formalista del conflicto aquí acogida, basada en la noción de derecho, conduce a soluciones distintas a las defendidas por quienes reducen el conflicto a una situación de incompatibilidad entre intereses en peligro.[72] Pese a la equivalencia de los intereses en juego, no cabe, pues, excluir el injusto del homicidio en comisión por omisión cuando el padre opta supererogatoriamente por salvar a un extraño.[73] Y difícilmente cabría exculpar el hecho antijurídico del padre, pues este infringe su deber de garante para con su propio hijo a fin de salvar la vida de un extraño frente al que el derecho lo libera, en el caso concreto, de toda obligación jurídica.

Y finalmente, en el supuesto en el que un obligado deja de cumplir un deber de garante para salvaguardar supererogatoriamente una razón de obligación de garante inexigible (4), piénsese en el padre que se adentra en el mar para salvar a su hijo primogénito y deja morir al segundogénito en la misma orilla, cabe afirmar de nuevo que el obligado actúa conforme a derecho. Y es que los dos niños, más allá de que el deber para con el que está en el mar decaiga por razón de su inexigibilidad, ostentan un mismo derecho frente a su padre, por lo que este, tal y como sucedería en una situación clásica de conflicto entre razones de obligación, puede decidir a qué hijo desea salvar y actuar en todo caso conforme a derecho.[74] La víctima final del conflicto, tal y como

[72] El permiso para dejar de cumplir el deber en ejecución de un acto supererogatorio, en suma, no es el mero resultado de una ponderación de intereses. Vid., sin embargo, NEUMANN, *supra* nota 1, *FS-Roxin,* p. 433.

[73] A los ojos del derecho, el padre de nuestro ejemplo no es un héroe dispuesto a soportar la pérdida de un hijo, pues lo que aquel protege no es el interés del obligado en que su hijo siga con vida, sino la propia vida del hijo. Del mismo modo que la expectativa del niño no se determina por el interés del padre en su salvaguarda, los motivos heroicos o de auto-sacrificio del padre tampoco alteran su peso normativo. El hijo puede exigir válidamente a su padre que lo salve, y el extraño ha de asumir que en la concreta configuración del conflicto su expectativa resulta ser la más débil. Al respecto, con detalle, COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho penal*, pp. 425 s., nota 431.

[74] Por moralmente reprobable que pueda ser el criterio sobre la base del cual decide en el caso concreto el obligado, el derecho no puede condicionar una decisión tras haber asumido la equivalencia de las pretensiones enfrentadas. En este sentido, KÜPER, *supra* nota 14, pp. 27 ss. En la discusión filosófica, en

acontece en una situación estándar de colisión entre razones de obligación, está obligada a no interrumpir el curso salvador que emprende el padre. Cuestión distinta es que, pese a estar ambos necesitados vinculados por lazos especiales con el obligado,[75] quepa admitir también aquí la exculpación de la interrupción de dicho curso salvador.

IV. Conclusiones

1. Pese a constituir un *topos* clásico en la discusión filosófica, es fundamentalmente mérito de NEUMANN el haber planteado en la discusión jurídico-penal contemporánea el problema de las así llamadas colisiones "deficitarias" de deberes.

2. Su rasgo característico reside en el hecho de que, a diferencia de un conflicto clásico de deberes o, mejor, de razones de obligación, el obligado lo está únicamente por un deber, al considerar el ordenamiento inexigible el cumplimiento del opuesto en atención al riesgo que implica para los intereses propios del potencial obligado.

3. En este trabajo se ha defendido que el peso normativo de los derechos de salvaguarda de los sujetos necesitados en una situación de conflicto no queda determinado por la existencia o inexistencia de un deber que efectivamente los garantice.

4. Asumiendo que la última instancia frente a la que hay que legitimar la solución a un conflicto son los propios necesitados y que sus derechos de salvaguarda no pierden valor por el carácter inexigible del deber que los habría de garantizar, cabe afirmar que el obligado que salvaguarda un derecho de igual o superior rango al que deja a su suerte actúa conforme a derecho, también cuando ello suponga infringir el único deber que el ordenamiento le imponía en la situación dilemática.

---

sentido opuesto, vid., sin embargo, DWORKIN, *Justicia para erizos*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 347. Sobre las particularidades de este derecho de elección, en detalle, vid. COCA VILA, *supra* nota 17, *La colisión de deberes en Derecho* penal, pp. 442 ss. y 444 ss.

[75] Sobre el efecto compensatorio de los deberes especiales de soportar peligro por idéntico motivo a los efectos de exculpar acciones necesarias antijurídicas, fundamental, LERMAN, "Colisión de competencias en casos de estado de necesidad exculpante", en *InDret,* 1/2017, pp. 13 ss.

5. La colisión "deficitaria" de deberes opera, en suma, como una causa de exclusión del injusto allí donde un sujeto infringe un deber para garantizar supererogatoriamente una pretensión de salvaguarda igual o equivalente a la que deja a su suerte.

IV. Bibliografía

ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL, "Límites al deber de socorro", en *Revista General de Derecho Penal,* 26/2016.

BALDÓ LAVILLA, FRANCISCO, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, Bosch, 1994.

BAUMANN, JÜRGEN/WEBER, ULRICH/MITSCH, WOLFGANG/EISELE, JÖRG, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 12.ª ed., Bielefeld, Gieseking, 2016.

BLEI, HERMANN, *Strafrecht I, Allgemeiner Teil*, 18.ª ed., München,1983.

BRINKMANN, MATTHIAS, "Disjunctive duties and supererogatory sets of actions", en *Royal Institute of Philosophy Supplements*, 77/2015.

COCA VILA, IVÓ, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución,* Barcelona, Atelier, 2016.

— "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal", en *InDret*, 2/2017.

— "La legítima defensa frente a omisiones", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* 69/2016.

— "Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo", en *InDret,* 1/2011.

— "Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 19-24/2017.

DONATSCH, ANDREAS, "Garantenpflicht — Pflicht zur Notwehr- und Notstandshilfe?", en *ZStrR,* 106, 1989.

DWORKIN, RONALD MYLES, *Justicia para erizos*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2014.

FRELLESEN, PETER, *Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung,* Frankfurt aM., Metzner, 1980.

FREUND, "§ 13", *MK-StGB*, 3.ª ed., 2017.

— *Erfolgsdelikt und Unterlassen: zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Colonia, Heymann, 1992.

FRISTER, HELMUT, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 7.ª ed., Múnich, C. H. Beck, 2015.

HAAS, VOLKER, *Kausalität und Rechtsverletzung ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, Berlín, Duncker & Humblot, 2002.

HEYD, DAVID, *Supererogation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

HOHFELD, WESLEY NEWCOMB, "Some fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", en *Yale Law Journal,* vol. 23, n.° m. 1, 1913.

HRUSCHKA, JOACHIM, "Pflichtenkollisionen und Pflichtenkonkurrenzen", en CANARIS (ed.), *Festschrift für Karl Larenz zum achtzigsten Geburtstag,* Múnich, C. H. Beck, 1983.

— "Rettungspflichten in Notstandssituationen", en *Juristische Schulung,* 6/1979.

— Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2.ª ed., Berlín, Walter de Gruyter, 1988.

— "Supererogation and Meritorious Duties", en *Jahrbuch für Recht und Ethik,* 6/1998.

HRUSCHKA, JOACHIM/JOERDEN, JAN C., "Supererogation: Vom deontologischen Sechseck zum deontologischen Zehneck", en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1/1987.

HURD, HEIDI M., "Duties Beyond the Call of Duty", en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (6), 1998.

JAKOBS, GÜNTHER, "Kommentar: Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision", en ESER, ALBIN/NISHIHARA, HARUO (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung,* vol. IV, Friburgo, 1995.

— Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación (trad. Joaquín CUELLO SERRANO y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997 [1991]. *PG,* 2.ª ed., 1997.

JOERDEN, JAN C., "Der Widerstreit zweier Gründe der Verbindlichkeit. Konsequenzen einer These Kants für die strafrechtliche Lehre von der „Pflichtenkollision"", en *Jahrbuch für Recht und Ethik,* 5/1997.

— "Deontische Logik", en HILGENDORF, ERIC/JOERDEN, JAN C. (eds.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, Springer, 2017.

— *Logik im Recht*, 3.ª ed., Berlín, Springer, 2018.

KAMM, FRANCES MYRNA, "Supererogation and obligation", en *The Journal of Philosophy*, 3/1985.

— *Morality, Mortality*, vol. II, *Rights, duties, and status*, Nueva York, Oxford University Press, 1996.

— *Intricate Ethics. Rights, Responsibilities, and Permissible Harm*, Nueva York, Oxford University Press, 2007.

KINDHÄUSER, "Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht", en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 2/1994.

KÖHLER, MICHAEL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlín, Springer, 1997.

KÜPER, WILFRIED, "Probleme der „defizitären" rechtfertigenden Pflichtenkollision", en *Juristische Schulung,* 12/2016.

— *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision*, Berlín, Duncker & Humblot, 1979.

— "Die Kollision von Garantenpflichten und die Rechtfertigung pflichtwidrigen Unterlassens", en *FS-Neumann,* 2017.

LERMAN, MARCELO D., "Colisión de competencias en casos de estado de necesidad exculpante", en *InDret,* 1/2017.

MAÑALICH RAFFO, JUAN PABLO, "El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad", en *Revista de Derecho (Valdivia),* 2/2015.

— "Normas permisivas y deberes de tolerancia", en ÍDEM (coord.), *La antijuridicidad en el Derecho penal*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2013.

MITSCH, WOLFGANG, *Rechtfertigung und Opferverhalten,* Hamburgo, Kovac, 2004.

MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, Bosch, 2001.

— "El estado de necesidad como ley general", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2/2000.

— "Omisión del deber de socorro y omisión de asistencia sanitaria", en BAJO FERNÁNDEZ (ed.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial),* vol. II, Madrid, Ceura, 1998.

MOMSEN, CARSTEN, *Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten,* Berlín, Nomos, 2005.

MOORE, "Liberty and Supererogation", en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 6/1998.

NEUMANN, ULFRIED, "§ 34", en KINDHÄUSER, URS/NEUMANN, ULFRIED/PAEFFGEN, HANS-ULLRICH (eds.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch* (NK-StGB), 1.ª ed., 4.ª entrega, Baden-Baden, Nomos, 1997, n.º m. 127.

— "§ 34", en KINDHÄUSER, URS/NEUMANN, ULFRIED/PAEFFGEN, HANS-ULLRICH (eds.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch* (NK-StGB), 5.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017, n.º m. 127.

— "Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen", en SCHÜNEMANN (ed.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag,* Berlín/Nueva York, Walter de Gruyter, 2001.

— "Die Moral des Rechts. Deontologische und konsequentialistische Argumentationen in Recht und Moral", en Jahrbuch für Recht und Ethik, 2/1994.

— "Zur Struktur des strafrechtlichen Instituts der „Pflichtenkollision"", en *Festschrift für Keiichi Yamanaka*, Berlín, Duncker & Humblot, 2017.

PERRY, RONEN, "Correlativity", en *Law and Philosophy,* 28/2009.

RENZIKOWSKI, JOACHIM, *Notstand und Notwehr*, Berlín, Duncker & Humblot, 1994.

ROBLES PLANAS, RICARDO, "Deberes negativos y positivos en Derecho penal", en *InDret,* 4/2013.

— "Norma y delito en Binding, Armin Kaufmann y Mir Puig", en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María *et al.* (coords.), *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig,* Montevideo/Buenos Aires, BdeF, 2017, pp. 829-842

— "Sobre la exclusión del injusto penal", en *Estudios de dogmática jurídico-penal*, Montevideo/Buenos Aires, BdeF, 2014.

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, PABLO, "'Más allá del deber': Consideraciones introductorias sobre los 'comportamientos supererogatorios' en el Derecho penal peruano", en *Revista Peruana de Ciencias Penales,* (11-12), n.° m. 47, 2002.

SCHLEE, ALEXANDER, *Zumutbarkeit bei Vorsatz-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikten*, Hamburgo, Dr. Kovač, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *El delito de omisión: Concepto y sistema*, 2.ª ed., Montevideo/Buenos Aires, BdeF, 2012.

— "Terceros en discordia. Del tercero que defiende al agredido al tercero que soporta la defensa", en *LH-Morillas Cueva,* 2018, (en prensa).

STOCKER, MICHAEL, *Supererogation*, doctoral dissertation, Harvard University, cap. 6, 1966,

STRATENWERTH, GÜNTER/KUHLEN, LOTHAR, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6.ª ed., Múnich, Vahlen, 2011.

URMSON, JAMES O., "Saints and Heroes", en MELDEN, A. I. (ed.), *Essays in Moral philosophy*, University of Washington Press, 1958.

VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten,* Berlín, Duncker & Humblot, 1993.

WESSELS, ULLA, *Die gute Samariterin*, Berlín/Nueva York, Walter de Gruyter, 2002.

WILENMANN, JAVIER, "Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas", en *InDret,* 1/2016.

— "El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal", en *InDret,* 3/2014.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 6, pp. 89-124

LA JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO POR CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD, ¿UNA CUESTIÓN DE COSTOS Y BENEFICIOS?

A PROPÓSITO DEL ARGUMENTO DE EUGENIO ZAFFARONI

Fernando BRACACCINI LL.M.*

Fecha de recepción: 1° de noviembre de 2017
Fecha de aprobación: 12 de febrero de 2018

Resumen

Según ZAFFARONI el castigo de crímenes de lesa humanidad se justifica como un medio para evitar los actos de venganza de las víctimas, los cuales quedarían impunes en virtud de que el derecho penal carecería de fuerza ética para condenarlos. De acuerdo con dicho autor, la impunidad de esos actos de violencia supondría aceptar que los criminales masivos sean tratados como enemigos, algo inaceptable en un estado de derecho. El castigo de estos crímenes se presenta entonces como una forma de evitar la venganza privada, de rescatar a los criminales masivos de ser tratados como enemigos, y de reafirmar el estado de derecho. A lo largo de este trabajo analizo la estructura de ese argumento y, tras argumentar que es de tipo consecuencialista y utilitarista, presento dos conjuntos de críticas. Desde un plano filosófico-normativo, sostengo que el argumento no logra justificar el castigo porque i) permite justificar el castigo de personas inocentes, ii) no justifica el castigo real contra criminales masivos sino solo su apariencia y iii) justifica la impunidad de quienes lograron mantener su anonimato gracias a los sistemas clandestinos de terror estatal.

* Abogado (UBA). Docente del Departamento de Derecho Público de la UBA. Candidato a Magíster en Derecho (Yale University). Contacto: fbracaccini@gmail.com. Agradezco a Gustavo BEADE, Agustin VARELA, Santiago MOLLIS, Fernando GAUNA ALSINA, Gonzalo PENNA, Delfina BEGUERIE y Paula PÉREZ por sus comentarios, aportes y críticas a una versión preliminar de este trabajo. También a integrantes del Proyecto UBA DECyT 1604 con los que tuve oportunidad de discutirlo. En igual sentido, agradezco a Gideon YAFFE por sus comentarios y sugerencias sobre las ideas aquí presentadas y a Roberto GARGARELLA por las discusiones sobre este tema durante reiteradas sesiones de su seminario, que fueron de gran ayuda. Finalmente, agradezco al Comité Editorial de la revista En Letra Derecho Penal y a dos árbitras anónimas o árbitros anónimos por sus valiosos comentarios. Desde ya, la responsabilidad por el contenido de este trabajo y por cualquier error es solo mía.

Desde un plano empírico, critico que no se ofrece prueba para sustentar el argumento de justificación y pongo de manifiesto que los hechos de venganza privada que ZAFFARONI supone que existirían en contextos de impunidad no se verifican en la experiencia argentina. Por esas razones, concluyo que el argumento de ZAFFARONI no logra justificar adecuadamente el castigo por crímenes de lesa humanidad y que su razonamiento conduce a considerar injustificadas las condenas impuestas por estos crímenes en Argentina.

Palabras clave: Filosofía del derecho penal – Castigo – Teoría agnóstica de la pena – Utilitarismo – Minimalismo penal – Crímenes de lesa humanidad

Title: Punishment for crimes against humanity. A matter of costs and benefits? A thought regarding Eugenio Zaffaroni´s argument

Abstract

According to ZAFFARONI, the punishment of crimes against humanity is justified as a way to prevent the acts of vengeance of the victims, which the criminal justice institutions would leave unpunished because of the lack of the ethical entity required to sanction them. According to the author, accepting the impunity of vindictive violence would mean to accept treating massive criminals as enemies, instead of as persons, something unacceptable according to the rule of law. Hence, the punishment of these crimes works as a way to avoid private revenge, to save the massive criminals from being treated as enemies, and to reaffirm the rule of law. Throughout this paper I try to show that the structure of the argument is consequentialist and utilitarian, and present two sets of criticisms. From the philosophical-normative level, I argue that the argument is implausible because i) it justifies the punishment of innocent people, ii) it does not justify the actual punishment against massive criminals but only the appearance of it, and iii) it justifies the impunity of those who managed to remain anonymous thanks to clandestine systems of state terror. From an empirical level, I criticize that the author does not offer evidence to support his argument, and that the private revenges that he assumes that would exist in contexts of impunity did not exist in the Argentinean experience. I conclude that ZAFFARONI's argument is incapable of justifying the punishment of crimes against humanity, and that his argument leads to consider the convictions imposed in Argentina to be unjustified.

Keywords: Philosophy of Criminal Law – Punishment – Negative Theory of Punishment – Utilitarianism – Penal minimalism – Crimes against humanity

Sumario

I. Introducción; II. La necesidad de una justificación para castigar; III. Formas de responder a la base de demanda de justificación; IV. El pensamiento de ZAFFARONI sobre el castigo; 1. El estado de derecho y el derecho penal frente al estado de policía y el poder punitivo; 2. El castigo por crímenes de masa; V. La estructura del argumento de ZAFFARONI; VI. Objeciones al argumento de justificación del castigo por crímenes de masa; 1. Déficit normativo-filosófico; a) El castigo del inocente; b) El castigo aparente del culpable; c) La impunidad de los criminales desconocidos; 2. Déficit empírico; a) Ausencia de evidencia empírica sobre la idoneidad preventiva del castigo; b) La ausencia de casos de venganza privada en Argentina; VII. Conclusión; VIII. Bibliografía.

I. Introducción

El trabajo de ZAFFARONI ha sido altamente influyente en el derecho argentino y ha dado lugar a enormes debates y reflexiones sobre la justificación del castigo, entre muchas otras cuestiones. Su visión agnóstica o negativa ha desafiado las miradas predominantes del castigo y el sistema penal y por eso es que ha sido tan influyente como discutida en nuestro medio. Si bien su mirada general sobre el castigo ha sido harto debatida, menor atención ha merecido su argumento de justificación del castigo por crímenes de masa.[1] Esto resulta sorprendente dada la importancia de este asunto para su entendimiento general sobre el castigo, pero especialmente por la relevancia de ese tipo de cuestiones en un contexto como el argentino, en el que se han dictado centenares de condenas por estos crímenes. El propósito de este trabajo es reflexionar críticamente en torno al argumento ofrecido por ZAFFARONI para justificar el castigo por este tipo de crímenes, con el fin de verificar si se trata de un argumento de justificación plausible.

Con ese propósito, inicialmente indagaré sobre las razones que hacen que una justificación sea necesaria para, válidamente, castigar a una persona. Tras ello, describiré los tipos de respuestas que pueden darse a la pregunta sobre la justificación del castigo y luego trataré los argumentos presentados por ZAFFARONI. Me detendré en su justificación del castigo por crímenes de masa, analizaré su estructura, intentaré demostrar su naturaleza consecuencialista y utilitarista y, finalmente, presentaré críticas desde los planos filosófico y empírico.

[1] A lo largo de este trabajo utilizaré el concepto crímenes de masa para aludir a los crímenes de lesa humanidad, por ser la expresión utilizada por ZAFFARONI al elaborar el argumento bajo análisis.

Desde el plano filosófico-normativo, intentaré demostrar que el argumento de ZAFFARONI i) puede conducir a justificar una condena impuesta a una persona inocente, ii) torna el castigo real superfluo al justificar solamente la apariencia de castigo y iii) justifica la impunidad de los criminales masivos que permanecieron en el anonimato gracias a su operar clandestino. Desde el plano empírico, pretendo demostrar que, a pesar de que el autor insiste retóricamente sobre la necesidad de pensar el castigo en contextos reales y no puramente filosóficos, i) no ofrece prueba empírica para sustentar la función preventiva asignada al castigo y ii) la experiencia argentina no solo no verifica su hipótesis, sino que la contradice. Por esas razones, concluiré que el argumento de ZAFFARONI no logra justificar el castigo por crímenes masivos.

II. La necesidad de una justificación para castigar

Según Mitchell BERMAN, entre todos los disensos que existen en torno a la práctica de castigar "en al menos un asunto, el consenso se aproxima a la unanimidad: el castigo necesita de una justificación".[2] De allí que se hayan dedicado grandes esfuerzos a discutir si existen razones que justifiquen la imposición deliberada de sufrimiento a una persona. Esa búsqueda pretende responder a una pregunta intuitiva, pero muy difícil de contestar: ¿por qué razón puede ser correcto provocar intencionalmente un mal a alguien que ha hecho, él mismo, un mal?[3]

Según BERMAN, cualquier práctica puede ser justificada, pero eso no significa necesariamente que una justificación pueda ser exigida para llevarla adelante. De hecho, según este autor, "[…] afirmar que una conducta, real o contemplada, X 'necesita de' una justificación significa que 'comúnmente' o 'supuestamente' uno no debe hacer X, o que hay una razón, evidente o putativa, para no hacer X".[4] A partir de allí, y en la medida en que solo lo aparentemente objetable debe ser justificado, decir que una conducta exige justificación representa, a su vez, una afirmación más amplia que contiene la consideración que origina la demanda de justificación. En términos más prácticos, decir "*X* necesita justificación" equivale a decir "*X* necesita justificación en virtud de *Y*",

[2] BERMAN, "Castigo y Justificación" (trad. Julia DE LA PARRA y Marcelo FERRANTE), en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 8, 2007, p. 1.

[3] Cf. FERRANTE, "Filosofía del Derecho Penal", en FABRA ZAMORA/SPECTOR (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2015, edición online, p. 2088 [enlace verificado el 24 de febrero de 2018].

[4] BERMAN, *supra* nota 2, p. 5.

en donde *Y* representa la "base de demanda" de justificación.[5]

Para el caso particular del castigo, dice el autor, "nos esforzamos en tratar de justificar[lo] […] frente a la sospecha articulable de que la tarea puede no ser realizable".[6] Es decir, sospechamos que existen razones para no castigar. El aspecto de la práctica de castigar que hace que una justificación sea necesaria es que significa imponer sufrimiento de manera deliberada e intencional contra la persona castigada y eso exige una justificación porque el sufrimiento de una persona es un estado de cosas malo y porque imponer intencionalmente sufrimiento es una acción intrínsecamente incorrecta, en tanto infringe los derechos que tenemos como individuos.[7] A partir de allí, existirían dos bases de demanda distintas, pero vinculadas: i) la imposición de sufrimiento a la persona castigada y ii) la imposición intencional de sufrimiento y la consecuente violación de los derechos de un individuo. Castigar justificadamente exige responder satisfactoriamente a esas dos objeciones.

III. Formas de responder a la base de demanda de justificación

Para responder a la base de demanda es posible utilizar argumentos que o bien busquen cancelarla, en tanto demuestren que es falsa o que no se aplica en determinados casos, o que busquen demostrar que esa base de demanda es menos relevante que otras razones, presentadas como prevalecientes. Mientras que el retributivismo intenta hacer lo primero, el consecuencialismo se propone hacer lo segundo.[8] Existen también respuestas de tipo abolicionistas, que postulan la inexistencia de razones que logren satisfacer la base de demanda y que, por lo tanto, afirman que no es posible justificar el castigo.

Los argumentos de justificación consecuencialistas pretenden demostrar que los efectos positivos que provocaría el castigo, como la disuasión o la resocialización, son más fuertes que la base de demanda de justificación, y que castigar estará justificado cuando ese tipo de efectos —razones prevalecientes— se encuentren presentes. Entre los argumentos consecuencialistas se encuentran los de tipo utilitarista, cuyo objetivo es maximizar los beneficios producidos por una determinada acción, y que prescriben que "las acciones correctas son aquellas que, comparadas

[5] Cf. BERMAN, *supra* nota 2.
[6] BERMAN, *supra* nota 2, p. 6.
[7] Cf. BERMAN, *supra* nota 2, pp. 8-9.
[8] Cf. BERMAN, *supra* nota 2, p. 3.

con las acciones alternativas para el sujeto en una cierta situación, producirían la mayor cantidad de valor. La teoría, por lo tanto, nos dirige a maximizar el bien; acciones que hagan eso serán correctas, y aquellas que no lo hagan serán incorrectas".[9] El valor relevante para el utilitarismo es el bienestar de los individuos y la diferencia entre el costo (valor negativo) y el beneficio (valor positivo) de estas acciones nos dirá el valor neto de la acción, denominado utilidad, que podrá ser positiva o negativa. De ser negativa, un utilitarista dirá que debemos abstenernos de realizar la acción y, si en cambio, es positiva, nos dirá que debemos realizarla.[10]

Los argumentos de este tipo ponen de un lado de la balanza la base de demanda (i. imponer sufrimiento; ii. imponer sufrimiento de manera intencional y violar los derechos del castigado) y del otro los supuestos beneficios que se obtendrían por medio de la práctica de castigar (la resocialización, la disuasión, entre otros), los contrapesan y luego concluyen si el castigo se encuentra o no justificado. Estará justificado si, y solo si, sus consecuencias maximizan la utilidad, lo que equivale a decir que los beneficios son superiores al costo. Para BENTHAM, por ejemplo, solo se justifica el castigo si maximiza la utilidad en una extensión tal que evitará un daño mayor al que impone.[11] Mientras este tipo de argumentos siguen considerando que la imposición de castigo *per se* constituye un estado de cosas malo —un costo—, no considerarán que representa la violación de un derecho de la persona castigada cuando la practica esté justificada en virtud de su utilidad positiva.[12]

Como contracara, los intentos de justificación retributivista utilizan argumentos de cancelación de la base de demanda, pues buscan demostrar que las proposiciones de aquélla no son verdaderas si la persona castigada merecía recibir el castigo. De tal forma, el merecimiento del sujeto castigado se presenta como una razón que cancela la base de demanda de justificación, en tanto la imposición de sufrimiento a quien lo merece no sería un estado de cosas malo.[13] Existen numerosas discusiones en torno al significado del concepto merecimiento, pero no serán

[9] BERMAN, *supra* nota 2, p. 3.

[10] Cf. TIMMONS, *Moral Theory. An Introduction*, New York, Rowman & Littlefield Publishers, 2002, pp. 103-105.

[11] Cf. BENTHAM, "The Utilitarian Theory of Punishment", en TONRY (ed.) *Why Punish? How Much? A reader on Punishment,* Oxford, Oxford University Press, 2011, pp.51-70.

[12] Agradezco a una árbitra anónima o un árbitro anónimo por un comentario al respecto, que motivó esta aclaración.

[13] Cf. BERMAN, *supra* nota 2, p. 3.

abordadas por no ser relevantes para el objeto de este trabajo.

IV. El pensamiento de ZAFFARONI sobre el castigo

A continuación, introduciré muy brevemente las ideas de ZAFFARONI en torno al castigo. Se utilizará el concepto "castigo" para aludir a lo que el autor suele llamar "pena", en la medida en que define tal concepto[14] como aquello a lo que buena parte de la literatura llama castigo, o al menos como parte de algunos de sus elementos.[15] Incluso, al aludir al trabajo de otros autores, ZAFFARONI llama "pena" a lo que ellos llaman "castigo".[16]

El autor desacredita las justificaciones del castigo basadas en argumentos de prevención general (positiva o negativa), prevención especial (positiva o negativa) y retributivos, por considerarlos implausibles en términos empíricos. En sus palabras, cada teoría de la pena "[…] asigna una función diferente, pero ninguna es verificable en la realidad de modo que abarque todas las penas realmente impuestas. Cada una postula lo que la pena debe ser, pero ninguna explica cómo es; se manejan en el mundo normativo del puro *deber ser*, pero se desentienden de la realidad del poder punitivo".[17] Eso condujo —según el autor— a que en la realidad "el derecho penal siempre justific[ara] y legitim[ara] el trato de algunas personas como *enemigos*".[18] Por esa razón se preocupa por no prescindir del plano del *ser* y se propone elaborar su argumentación tomando datos que encuentra en el plano empírico.

1. El estado de derecho y el derecho penal frente al estado de policía y el poder punitivo

Desde ese plano del *ser*, ZAFFARONI toma como punto de partida una inevitable coexistencia dialéctica entre un estado de derecho, que caracteriza como "el que somete a todos los habitantes

[14] Cf. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2008, p. 44.
[15] Véase DUFF, *Punishment, Communication and Community*, New York, Oxford University Press, 2001, pp. xiv-xv.
[16] Cf. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, pp. 56-65; ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 2013, p. 85.
[17] ZAFFARONI, *Estructura Básica del Derecho Penal,* Buenos Aires, Ediar, 2009, p. 20.
[18] ZAFFARONI, *El enemigo en el Derecho Penal,* Buenos Aires, Ediar, 2012, p. 187.

a la ley",[19] y un estado de policía, en el "[…] que todos los habitantes están subordinados al poder del que manda".[20] Según el autor, "no es posible precisar el concepto de pena sin examinar más cercanamente la función política del derecho penal, lo que no es factible sin profundizar la idea de estado de policía y de estado de derecho".[21] Estos modelos no se muestran de manera pura, sino coexistente y dialéctica, en tanto "[…] no hay estados de derecho reales (históricos) perfectos, sino solo estados de derecho históricos que contienen (mejor o peor) los estados de policía que encierran".[22]

Dentro del estado de policía se inscribe lo que el autor denomina poder punitivo, que puede entenderse como un ejercicio irracional de violencia estatal, que no se encuentra sujeto al derecho y que de no ser debidamente contenido tiende a acrecentar la violencia hasta niveles masivos.[23] Según el autor, "la experiencia del siglo pasado demuestra que cuando el poder punitivo pierde la contención del poder jurídico, son las agencias ejecutivas las que se encarnizan contra un *chivo expiatorio* o enemigo y cometen matanzas y genocidios, o sea, que las propias agencias ejecutivas desbocadas cometen los peores crímenes".[24] El enemigo es, según el autor, una construcción del poder punitivo, que, con una lógica discriminatoria hacia ciertas personas, las trata como entes peligrosos y dañinos, mediante un trato punitivo que no se corresponde con la condición de persona.[25] Los enemigos "son privados de ciertos derechos individuales [justamente] en razón de que se dejó de considerarlos personas".[26]

Según ZAFFARONI, el poder punitivo es algo inevitable. Se trata de una consecuencia de los

[19] ZAFFARONI, *supra* nota 17, p. 6. El autor no ofrece mayor detalle sobre qué entiende por estado de derecho, ni acerca de cuál es la teoría política sobre la que construye su argumentación, aunque su permanente alusión al estado constitucional de derecho parecería invocar una mirada política liberal, lo cual desde ya condiciona la forma en que ve el Estado, la democracia y el rol de los jueces. Esto ha sido objeto de análisis y crítica en GARGARELLA, "La tarea del juez y los límites del minimalismo penal. Castigo y exclusión en la teoría de Eugenio Raúl Zaffaroni", en ÍDEM, *Castigar al Prójimo. Por una Refundación Democrática del Derecho Penal*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016, pp. 31-57.

[20] ZAFFARONI, *supra* nota 18, p. 6.

[21] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 41.

[22] Cf. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 41.

[23] Cf. ZAFFARONI, *La palabra de los muertos,* Buenos Aires, Ediar, 2011, pp. 475-486, 501, 553-554; ZAFFARONI, *supra* nota 16, pp. 31-32.

[24] ZAFFARONI, *supra* nota 17, p. 31.

[25] Cf. ZAFFARONI, *supra* nota 18, p. 11.

[26] ZAFFARONI, *supra* nota 18, p. 18.

impulsos de venganza entre las personas identificados por el etnólogo René GIRARD bajo el rótulo de violencia esencial. En efecto, "[…] la lucha por los mismos objetos genera tensiones que llevan a la violencia colectiva que destruye la convivencia: se vierte sangre —venganza— en una escalada (*violencia esencial*) que solo cesa cuando se canaliza en la víctima expiatoria [(el enemigo)], cuyo sacrificio […] hace cesar de inmediato la violencia destructora […]".[27] De allí se arriba "[…] al *Kernel* [(núcleo)] más profundo del vínculo de la masacre con el poder punitivo, que deja al descubierto que la función más importante que cumple en las sociedades el sistema penal judicial es la de intentar canalizar la venganza, que pasa de privada a pública"[28] y "[…] el sistema penal pretende nada menos que racionalizarla".[29] En consecuencia, en la medida en que "[…] nuestra cultura no ha encontrado hasta el presente otra vía de canalización de la venganza y mientras no la encuentre […] no habrá forma de eliminarla".[30]

Ante esta inevitable violencia irracional, ZAFFARONI considera necesario presentar algún tipo de resistencia o contención que frene la evolución del poder punitivo, en la medida en que "en el estado constitucional de derecho no es posible admitir que un ser humano sea tratado como no persona […]".[31] El autor asigna el rol de defensa del estado de derecho al derecho penal, que consiste en "[…] la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho".[32] Sin embargo, explica, esa contención no puede evitar la totalidad de la violencia del poder punitivo, en la medida en que "el poder jurídico de contención y reducción no tiene fuerza suficiente para suprimir al poder punitivo",[33] y asocia lo que ocurre con las agencias judiciales y la Cruz Roja Internacional, "[…] que agota su poder tratando de contener las manifestaciones más crueles de la guerra, pero no puede hacerla desaparecer".[34]

[27] ZAFFARONI, supra nota 23, p. 480.
[28] ZAFFARONI, *supra* nota 23, p. 482.
[29] ZAFFARONI, *supra* nota 23, p. 482.
[30] ZAFFARONI, *supra* nota 23, p. 554.
[31] ZAFFARONI, *supra* nota 18, p. 20.
[32] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 5.
[33] ZAFFARONI, *supra* nota 17, p. 32.
[34] ZAFFARONI, *supra* nota 17, p. 28. La analogía entre el rol del derecho penal y el derecho internacional humanitario es recurrente en la obra de ZAFFARONI (ver ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 52;

El poder punitivo es aplicado por el sistema penal, que consiste en el "conjunto de agencias que operan la criminalización […] o que convergen en la producción de ésta".[35] Involucra a las agencias políticas, policiales, penitenciarias, judiciales y académicas, entre otras, que poseen distintas funciones y compiten entre sí. Dentro de ese sistema, ZAFFARONI asigna a los jueces un rol de reducción del poder punitivo, a través de su aplicación racionalizada del derecho penal, que tendría lugar en el marco del proceso de criminalización. Según el autor "las agencias políticas que producen las normas nunca pueden saber sobre quién caerá la selección que habilitan…",[36] de manera que son las agencias policiales[37] las encargadas de seleccionar qué conductas serán efectivamente criminalizadas. Esta selección, explica ZAFFARONI, es inevitable en la medida en que "[…] las agencias de criminalización secundaria tienen limitada capacidad operativa y […] se considera *natural* que el sistema penal *lleve a cabo la selección criminalizante secundaria, sólo como realización de una parte ínfima del programa primario*".[38] Ahora bien, explica ZAFFARONI, la selección suele alcanzar a "quienes tienen bajas defensas frente al poder punitivo y devienen más *vulnerables a la criminalización secundaria*, porque […] encuadran en los estereotipos criminales, su entrenamiento solo les permite producir obras ilícitas toscas y, por ende, de fácil detección […]".[39] Solo muy excepcionalmente criminaliza a quienes no encuadran en el estereotipo y se encuentran en una posición prácticamente invulnerable frente al sistema, como los autores de los delitos de guante blanco.[40] Por lo tanto, el rol que deben cumplir las agencias judiciales es el de contener, por medio de la aplicación del derecho penal, la actividad de dichas agencias policiales, como una estrategia de defensa del estado de derecho ante los avances del poder punitivo.

A partir de allí, ZAFFARONI enuncia su teoría agnóstica de la pena, que postula que el castigo consiste en la aplicación racional y disminuida de un mal que de todos modos ocurriría, en la medida en que no es posible eliminar totalmente el poder punitivo. Esta teoría justifica el castigo en virtud de su poder reductor de una violencia que resulta inevitable, pues "[…] el poder

---

ZAFFARONI, *supra* nota 17*, pp.32-33;* ZAFFARONI, *supra* nota 18*,* p. 167; ZAFFARONI, *En buscas de las penas perdidas, supra* nota 16, pp. 205-206, 229-236 y 272)

[35] Cf. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 19.

[36] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 8.

[37] Se refiere a las agencias penales ejecutivas, principalmente las policías (ver ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 13).

[38] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 8.

[39] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 10.

[40] Cf. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 11.

punitivo ejercido con la pena no sería más que una ínfima parte de éste, habida cuenta de [su] […] dimensión […]".[41] ZAFFARONI desestima las propuestas abolicionistas porque conducirían al "[…] aniquilamiento del discurso acotante penal […] [y a] admitir (o postular) la posibilidad de desaparición definitiva del estado de derecho".[42] En consecuencia, justifica el castigo como herramienta reductora de la violencia irracional e inevitable del poder punitivo.[43]

2. El castigo por crímenes de masa

El argumento de justificación antes expuesto no resulta aplicable al castigo de crímenes de masa, que justamente se caracterizan por ser la expresión del poder punitivo que no fue debidamente contenido.[44] Ante actos criminales que provienen del propio poder punitivo, el castigo no puede cumplir una función reductora de la violencia estatal, pues la selectividad del sistema nunca conduciría a criminalizar este tipo de actos y no existiría amenaza alguna de violencia que requiera ser contenida. Frente a esto, el autor inicialmente consideró que el castigo de los criminales masivos podía justificarse por los altos esfuerzos por ponerse en una situación de vulnerabilidad, pero ese argumento no ofrecía respuestas a la pregunta sobre por qué aplicar un castigo reductor de violencia a una persona contra quien no existía esa amenaza de violencia.[45]

Posteriormente, en el trabajo "¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?"[46] ZAFFARONI elaboró un argumento de justificación específico para el castigo de este tipo de crímenes. El autor se ocupa, además, de rechazar la eficacia preventiva del derecho penal internacional respecto de los genocidios, cuestión que no será abordada, dado que el foco de este trabajo se centra en las razones que sí encuentra el autor para

[41] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 45.
[42] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 31.
[43] Si bien podría objetarse que el argumento de ZAFFARONI no justifica el castigo, sino el derecho penal acotante, no puede perderse de vista que la aplicación de un castigo es la consecuencia de la aplicación del derecho penal, que según el autor debe aplicar un filtro racional a los intentos de criminalización de las agencias policiales y habilitar solo ciertas porciones de poder punitivo. Esa violencia que resulta habilitada consiste en lo que conocemos como castigo.
[44] ZAFFARONI, *Crímenes de masa*, Buenos Aires, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012 p. 31.
[45] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 198. Para un argumento que responde esa pregunta desde un marco teórico compatible con el de ZAFFARONI, véase BÖHM, "Los crímenes de Estado, la complicidad civil y el sistema punitivo", en *En Letra. Derecho Penal*, año 1, n.° 1, 2015.
[46] ZAFFARONI, *supra* nota 44. También abordado en ZAFFARONI, *supra* nota 23, pp. 476-499.

justificar el castigo. Antes de introducir su argumento es preciso señalar que si bien la cuestión del castigo por crímenes de masa es analizada por ZAFFARONI desde el derecho internacional, al no utilizar categorías de análisis exclusivas de esa rama del derecho, su argumentación es aplicable al castigo de criminales masivos tanto en el plano internacional como en el local.

ZAFFARONI considera que su visión agnóstica de la pena también es aplicable a estos casos y que el castigo tiene un rol de contención.[47] Sin embargo, la diferencia radica en el tipo de violencia que debe ser contenida: aquí la necesidad de castigo se explica porque "[…] El criminal masivo impune queda sometido en la práctica a una […] pérdida de paz, es excluido de la comunidad jurídica y cualquier daño que se le cause es prácticamente impune, porque el derecho penal se muestra incapaz de condenar a quien lo ejecute".[48] El castigo a criminales masivos se justifica por su capacidad para evitar actos de venganza de las víctimas o de sus allegados, que quedarían impunes por la incapacidad del derecho penal para aplicar una pena. En consecuencia, el castigo viene a brindar un trato compatible con la calidad de persona y a afianzar el estado de derecho, que exige tratar a todos los individuos como persona.[49] Además de "rescatar al criminal masivo",[50] el castigo evitaría "un acto de barbarie degradante para las propias víctimas del crimen de masa y […] la caída en un derecho penal del enemigo […]".[51]

El concepto de venganza privada de ZAFFARONI coincide con una de las dos razones que FERRAJOLI encuentra para justificar el castigo, quien además considera su capacidad preventiva para la comisión de nuevos delitos.[52] Sin embargo, en el caso del autor argentino lo que termina por justificarlo no es la existencia de venganza privada por sí sola, sino el hecho de que esa venganza quedaría invariablemente impune, en virtud de que el derecho penal carecería de fuerza ética para condenar esa violencia vengativa y terminaría convalidándola. Para ZAFFARONI esto equivaldría a privar a los criminales masivos de protección jurídica y, por ende, a tratarlos como enemigos, algo inconcebible desde la visión del estado de derecho que, él sostiene, el derecho penal debe defender. Como prueba de esta impunidad, ZAFFARONI ofrece dos ejemplos: el asesinato de Talât, responsable del genocidio armenio, cuyo autor fue declarado inimputable, y el

[47] Cf. ZAFFARONI, *supra* nota 44, p. 32.
[48] ZAFFARONI, *supra* nota 44, p. 33. También en ZAFFARONI, *supra* nota 23, pp. 487-488.
[49] Cf. ZAFFARONI, *supra* nota 44, p. 488.
[50] Cf. ZAFFARONI, *supra* nota 44, p. 36, nota al pie n.° 24; ZAFFARONI, *supra* nota 23, p. 488.
[51] ZAFFARONI, *supra* nota 44, p. 36.
[52] Cf. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 331-336.

asesinato de Mussolini, que resultó impune por ser considerado un acto de guerra.[53] En consecuencia, mientras FERRAJOLI busca evitar la venganza privada en virtud de su violencia intrínseca, ZAFFARONI pretende evitarla fundamentalmente para asegurar que los criminales masivos no sean tratados como enemigos, dado que ello sería incompatible con el estado de derecho.

V. La estructura del argumento de ZAFFARONI

El hecho de que el autor desestime los argumentos de justificación del castigo que se fundan exclusivamente en el *deber ser*, no impide que su argumentación sea discutida desde ese plano, ni que su consistencia sea evaluada en términos no empíricos. Si bien las preocupaciones de ZAFFARONI en torno a pensar el castigo únicamente desde el plano del *deber ser* cuando se trata de una institución que se aplica en el plano del *ser* son muy relevantes,[54] ello no desplaza la necesidad de analizar la fundamentación moral de un argumento normativo que, como el de ZAFFARONI, prescribe qué es correcto hacer con el castigo.

El argumento del autor para justificar el castigo por crímenes de masa es de tipo consecuencialista.[55] A diferencia de lo que haría un retributivista, que buscaría *cancelar* la base de demanda,[56] ZAFFARONI pone todo su énfasis en el efecto de castigar a un criminal masivo: evitar la venganza privada impune en su contra y así evitar tratarlo como enemigo. Se trata de un rasgo característico de los argumentos consecuencialistas, en los cuales "[…] la corrección de una

[53] Cf. ZAFFARONI, *supra* nota 44, p. 34, notas 20 y 21.

[54] Pueden encontrarse análisis de la teoría del castigo tomando en cuenta su impacto en el plano del ser en: MURPHY, "Marxismo y retribución" en *Revista Argentina de Teoría Jurídica,* vol. 17, 2016; GARGARELLA, *De la injusticia penal a la justicia social,* Bogotá, Siglo del Hombre, 2008; BEADE/LORCA, "¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social", en *Isonomía*, n.° 47, 2017, pp. 135-164; RIVERA LÓPEZ, "Castigo penal, injusticia social y autoridad moral", en *Análisis Filosófico*, vol. 35, n.° 2, 2015; entre muchos otros.

[55] Si bien un análisis similar podría ser realizado sobre el argumento de ZAFFARONI para el castigo en general, y no solo en el caso de los crímenes de masa, esta cuestión no será abordada en este trabajo, pues entiendo que es metodológicamente más adecuado concentrarme en un argumento. Sin embargo, resulta pertinente destacar que el propio ZAFFARONI ha planteado la cuestión del castigo en un esquema de fines y medios (ver ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas*, *supra* nota 15, p. 110). Para una opinión coincidente con esta caracterización del razonamiento del autor, véase GARGARELLA, "La coerción penal en contextos de injusta desigualdad", *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*, 2010.

[56] Cf. BERMAN, *supra* nota 2, pp. 9-11.

conducta depende enteramente del valor de las consecuencias de esas acciones",[57] lo cual equivale a decir que su valor es extrínseco.[58]

Dentro del consecuencialismo, el argumento de ZAFFARONI parece asemejarse a uno de tipo utilitarista. El autor basa su argumento en cálculos de costos y beneficios, y el castigo al criminal masivo se presenta justificado porque maximiza la utilidad, en la medida en que logra evitar la venganza privada. Entre el costo (el mal de la pena) y el beneficio (evitar la venganza, tratar como persona al criminal masivo y reafirmar la vigencia del estado de derecho), se extrae una diferencia (llamada utilidad) que resulta positiva porque los beneficios son mayores al costo, lo cual deriva en la justificación de la práctica. Al igual que lo hace FERRAJOLI a través de lo que llama un utilitarismo penal reformado,[59] "[…] la pena se justificaría como *mal menor*, debiendo establecerse siempre sobre un cálculo de costos: el costo del derecho penal y el costo de la anarquía punitiva".[60]

Así como BENTHAM diría que el castigo se justifica en tanto sea una medida eficiente para la minimización del daño,[61] para ZAFFARONI el castigo a los criminales masivos se justifica si, y solo si, es una medida eficiente para prevenir las venganzas privadas impunes contra ellos y así evitar que sean tratados como enemigos. Si por alguna razón el castigo no lograra los beneficios buscados, o el costo de castigar se elevara por encima de ellos, entonces la utilidad pasaría a ser negativa y el castigo no podría justificase.

Alguien podría replicar, sin embargo, que ZAFFARONI no encuentra un valor en el castigo, y mucho menos un beneficio, sino que lo acepta como una estrategia de limitación de una violencia que desafortunadamente es inevitable. No obstante, si bien es cierto que el autor no reconoce en el castigo un valor en los términos en que la literatura lo ha hecho tradicionalmente al reconocer su capacidad de, por ejemplo, resocializar, disuadir o reafirmar la vigencia de normas, lo cierto es que sí le encuentra un valor en otros términos: por su capacidad minimizadora de la violencia.

[57] TIMMONS, *supra* nota 10 (traducción propia), p. 104.
[58] Cf. FERRANTE, *supra* nota 3, p. 2089.
[59] FERRAJOLI, *supra* nota 52, pp. 321-349.
[60] Cf. ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas, supra* nota 16, p. 100.
[61] Cf. FERRANTE, *supra* nota 3, p. 2089.

Desde esa perspectiva, si bien es claro que ZAFFARONI deslegitima el poder punitivo como tal,[62] y que es consciente de las consecuencias negativas de castigar, lo cierto es que para él un mundo con castigo es mejor que uno sin castigo, en virtud de la violencia que previene, y es por ello que justifica su imposición.

Sin embargo, se podría a la vez replicar que el argumento de justificación ofrecido por ZAFFARONI se encuentra mal planteado en este trabajo. Contra lo que he sostenido previamente, se podría criticar que los costos identificados (imposición de sufrimiento deliberado y privación de derechos de una persona) no son costos propios del castigo, sino de la inevitable violencia del poder punitivo que el castigo viene a reducir, y que por lo tanto el esquema de costos-beneficios que he representado no reflejaría fielmente el argumento de ZAFFARONI. De tal forma, concluiría esta réplica, dado que la aplicación de violencia es un hecho inevitable que el castigo se propone racionalizar y reducir, no sería factible atribuir el costo de dicha violencia al castigo. No obstante, creo que un planteo de este tipo adolecería de un problema grave: aun si asumiéramos la inevitabilidad de la violencia del poder punitivo —lo cual dista de ser obvio y ha merecido objeciones[63]—, eso no permite desconocer que el hecho concreto de castigar a una persona significa imponerle una cierta cantidad de violencia y sufrimiento de manera deliberada.[64] Desde ya, es posible argumentar —como lo hace ZAFFARONI— que esa imposición de sufrimiento se encuentra justificada por su capacidad de prevenir más violencia, pero eso de ningún modo excluye el obvio hecho de que el castigo —el medio escogido para prevenir esa violencia— consiste en sí mismo en un acto de imposición deliberada de violencia y sufrimiento. Justamente, conforme el argumento bajo análisis, el costo de la violencia del castigo se contrapone al beneficio de la violencia del poder punitivo que es prevenida por su intermedio, de modo tal que el castigo se justificará cuando los beneficios sean superiores a los costos, esto es, cuando la utilidad de realizar la practica sea positiva.

Es posible concluir, entonces, que el argumento de ZAFFARONI para justificar el castigo es de

[62] De hecho, ha rechazado explícitamente aquellas críticas que consideraran su argumento como legitimador del poder punitivo (ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas*, *supra* nota 16, p. 204).
[63] Véase GARGARELLA, *supra* nota 19; GARGARELLA, *supra* nota 55.
[64] De hecho, en el centro del argumento de ZAFFARONI se encuentra la idea de que el castigo es el producto de un ejercicio de racionalización del poder punitivo por las agencias judiciales, que dejan pasar una porción acotada, pero que no deja de ser un acto deliberado de imposición de violencia.

tipo consecuencialista, en tanto encuentra un valor en su efecto reductor de la violencia, y de tipo utilitarista, en la medida en que justifica la práctica a partir de la utilidad positiva que genera.

VI. Objeciones al argumento de justificación del castigo por crímenes de masa

La obra de ZAFFARONI es muy extensa y completa. El autor se ha ocupado de numerosos problemas del ámbito penal y ha realizado valiosas contribuciones. Sin embargo, en lo que sigue me detendré a presentar algunas críticas a su argumento de justificación del castigo por crímenes de masa. El primer conjunto de críticas se realizará desde el plano filosófico-normativo (del *deber ser*), mientras que el segundo grupo será realizado desde el plano empírico (del *ser*).

1. Déficit normativo-filosófico

En el argumento de justificación de ZAFFARONI no hay consideraciones relevantes sobre la culpabilidad o la inocencia de las personas castigadas, dado que la condición de justificación del castigo es evitar la venganza privada impune contra los criminales masivos. La conexión causal de la persona castigada con un crimen masivo, o la gravedad de su participación, no es algo que tenga incidencia sobre la justificación del castigo. Se trata de una característica de los argumentos de justificación puramente consecuencialistas, que tiene tres implicancias problemáticas en el argumento examinado: i) permite justificar el castigo de personas inocentes,[65] ii) torna el castigo real en algo superfluo, pues solo resulta relevante la apariencia de castigo,[66] y iii) justifica la impunidad de los criminales que lograron su anonimato por haber operado clandestinamente. A continuación, desarrollaré estos tres problemas.

a) El castigo del inocente

Un ejemplo ofrecido por TIMMONS permite ver con claridad el problema del castigo de personas inocentes en las justificaciones consecuencialistas:

> Supongamos que se cometieron una serie de horribles e irresueltos crímenes y se

[65] Ver al respecto DUFF, *supra* nota 15, pp. 7-10; TIMMONS, *supra* nota 10, pp. 131-132; FERRANTE, *supra* nota 3, pp. 2089-2090; entre muchos otros.
[66] Cf. PRIMORATZ, "Punishment as Language", en *Philosophy*, vol. 64, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 60.

> alzaron en armas personas del pueblo, demandando que el culpable sea encontrado y sometido a proceso; de lo contrario realizarían disturbios. El previsible resultado de la protesta sería una gran pérdida en el monto total de utilidad, dada la predecible pérdida de vidas, daños a personas y a la propiedad. Desafortunadamente, la policía no tiene sospechosos. El jefe de policía se encuentra ponderando la situación y, como buen utilitarista, está considerando el curso de acción que debería tomar. Una opción sería hacer lo que pueda para disminuir el miedo y la furia crecientes, e intensificar la investigación. Pero otra opción más retorcida sería acusar a alguien inocente de estos crímenes —alguien sin familia ni amigos, preferentemente un marginado con un largo prontuario policial—. Ocurre que el jefe de policía sabe de una persona contra la cual podría ser inventada fácilmente una acusación plausible. Además, es bastante certero que esa persona es inocente de los crímenes en cuestión. Por supuesto, escoger esa segunda alternativa resultaría en un sufrimiento severo para el sujeto marginado, pero cuando uno considera la totalidad de la utilidad de dicho curso de acción comparado contra la otra alternativa principal, pareciera bastante claro para el jefe de policía que, como buen utilitarista, debería proceder con la acusación en contra del marginal inocente. Vamos a suponer que el jefe de policía se encuentra en lo correcto respecto a sus cálculos sobre la utilidad de sus opciones. El [punto de vista del] utilitarismo por lo tanto implica que el jefe de policía tiene una obligación moral de proceder con la acusación y castigo de la persona inocente.[67]

Al no encontrar en la culpabilidad o la inocencia por un hecho las razones relevantes para castigar a una persona, una visión utilitarista sobre el castigo como la del jefe de policía del ejemplo, y en general los argumentos puramente consecuencialistas, pueden en ciertos casos justificar la imposición de un castigo a una persona que es inocente,[68] lo cual es moralmente incorrecto. Un ejemplo como el de TIMMONS puede pensarse para el argumento de ZAFFARONI si se sustituyen las consecuencias de la protesta por un ataque vindicativo contra quien se cree que es un criminal masivo, pero en verdad no lo es. Piénsese, por ejemplo, que existe una creencia generalizada de que esa persona cometió crímenes de ese tipo o que colaboró activamente siendo civil y, tal como lo anticipara ZAFFARONI, se generan fuertes impulsos vindicativos. El argumento

[67] TIMMONS, *supra* nota 10, pp. 131-132 (traducción propia).
[68] *Supra* nota 64.

del autor conduciría a justificar el castigo a esa persona, sin importar que sea inocente, dado que hacerlo evitaría que sea tratado como enemigo al salvarlo de la venganza privada que *a posteriori* quedaría impune. El argumento de ZAFFARONI no ofrece razones para no considerar justificado un castigo impuesto bajo esas condiciones. Esto constituye un defecto estructural en su argumentación.

El castigo de personas inocentes se presenta problemático en la medida en que "no logra tomar seriamente el estatus moral de los individuos […] [ni] reconocer la importancia de los derechos individuales como [cartas de] 'triunfos' que deberían proteger a los individuos de la utilidad social".[69] Sobre el primer punto, el castigo de una persona inocente viola su autonomía moral al ignorar su capacidad moral para decidir comportarse de un modo u otro.[70] Si una persona en ejercicio de su capacidad moral toma la decisión de no cometer un hecho incorrecto, pero es de todas maneras castigada en virtud de los efectos que ese castigo podría generar, esa persona pasa a ser tratada como si no tuviera capacidad moral de elección, es decir, como un mero objeto. Respecto del segundo punto, si tenemos un derecho a que no se nos imponga un castigo a menos que seamos culpables por un hecho previamente definido como delito, el castigo a una persona inocente supone una violación de ese derecho. Si es que aceptamos la idea de derechos, no es posible admitir que estos deben ceder solo porque hay otras razones que atender.

Sin embargo, alguien podría argumentar que estos dos problemas no afectan al castigo a inocentes derivado del argumento de justificación de ZAFFARONI, sino a planteos utilitarios de otro tipo, que ponen la mira en la prevención de delitos en general y no en proteger al castigado. Se podría decir que lejos de ignorar el estatus moral de los individuos, ZAFFARONI está especialmente preocupado por ello, y que es precisamente por eso que no quiere dejar a ninguna persona librada a la violencia de la venganza privada. Y se diría entonces que en los excepcionales casos en que sea necesario castigar a una persona inocente para protegerla, ese castigo vendría a reafirmar su carácter moral de persona, el cual perdería de no ser castigada. Con un argumento de este tipo, el propio ZAFFARONI justificó el eventual castigo de un inocente para protegerlo de la violencia informal del sistema penal y preservar su vida.[71] De manera similar, en relación con la

[69] DUFF, *supra* nota 15, p. 8 (traducción propia). Allí el autor cita a RAWLS, NOZICK, PARFEIT y DWORKIN.
[70] Cf. SMILANSKY, "The time to punish", en *Analysis*, vol. 54, n.° 1, 1994, pp. 50-53.
[71] Cf. ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas, supra* nota 16, *p. 288.* Sobre esta cuestión, GARGARELLA ha señalado que la decisión de la Corte Suprema en "García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa n.º

violación del derecho a no ser castigado, se podría replicar que existe desacuerdo sobre qué son los derechos y cuáles son sus alcances, y que en una situación como la mencionada no hay nada de problemático en castigar e igualmente sostener que existe un derecho a no ser castigado, pues no se trataría de la violación de un derecho en pos de un bien que le es ajeno a la persona castigada, sino justamente de un medio para proteger otros derechos más básicos, como el de la vida o la integridad física. Entonces, la forma de entender este derecho prevería una excepción cuando fuera necesario proteger la vida o la integridad física. Ambas réplicas resultan, de todos modos, altamente problemáticas desde un enfoque respetuoso de las personas como sujetos morales autónomos.

El castigo no consiste en una sugerencia del estado a las personas sobre cómo protegerse mejor, ni tampoco un ofrecimiento de dispositivos de protección estatal. Se trata de una medida coactiva impuesta en contra de la voluntad del sujeto castigado, que además de infligir sufrimiento modifica decisivamente el curso de su vida. La persona inocente castigada no estaría en condiciones de decir "no, gracias, no quiero ser castigada, me protegeré por otros medios" y así evitar la imposición del castigo. Considerar a las personas como agentes morales autónomos significa aceptar que son ellas quienes deciden cómo desarrollar su propio plan de vida, y que el estado no puede intervenir coactivamente a menos que medie un daño o peligro de daño a terceros.[72] Esto impide considerar que esta "protección obligatoria" pueda ser impuesta a través del castigo sin incurrir en actitudes perfeccionistas.

Otra defensa del argumento de ZAFFARONI podría postular, siguiendo a HART,[73] que los argumentos de justificación del objetivo principal del castigo (*general justifying aim of punishment*) y la justificación de su distribución pueden ser independientes, y que no tienen por qué basarse en los mismos principios. De hecho, se podría argumentar que "[…] es perfectamente consistente afirmar tanto que la justificación general de la práctica del castigo son sus consecuencias positivas como que la obtención de ese objetivo general puede ser limitado o restringido por deferencia a principios de distribución que requieren que el castigo solo se aplique a un infractor por una

7537" (Fallos: 331:2691) reposa sobre una mirada del sistema penal como protectorio del sujeto sometido al sistema penal (cf. GARGARELLA, "La tarea del juez y los límites del minimalismo penal. Castigo y exclusión en la teoría de Eugenio Raúl Zaffaroni", *supra* nota 19).

[72] Cf. NINO, *Ética y Derechos Humanos*, Buenos Aires, Astrea, 2012.

[73] HART, "Prolegomenon to the Principles of Punishment", en ÍDEM, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 1-27.

infracción".[74] Esto evitaría que el castigo pueda ser aplicado a inocentes. Y se podría decir que ZAFFARONI construyó una teoría del delito con el fin de determinar cómo es que debe ser distribuido el castigo. Sobre esa base, ZAFFARONI habría puesto a nuestra disposición herramientas para evitar que personas inocentes sean castigadas, al exigir que la acción prohibida haya sido llevada por el agente, al examinar tanto su culpabilidad por vulnerabilidad —referida a sus esfuerzos por ponerse en una situación de vulnerabilidad frente al poder punitivo— como su culpabilidad ética —que evalúa el vínculo entre una persona y un hecho, y su nivel de autodeterminación—.[75] Sin embargo, creo que esta objeción enfrenta ciertas dificultades que le impiden prosperar.

La primera razón para rechazarla se funda en la imposibilidad de separar la justificación del objetivo general del castigo y de su distribución. Como señala HUSAK, aun de aceptar que los límites que HART encuentra para la distribución de castigo impiden castigar inocentes, eso solo serviría para establecer quiénes no deben ser castigados. Para determinar quiénes deben ser castigados, explica HUSAK, resulta ineludible recurrir a la justificación general del castigo, lo que demuestra que no es posible concebir entonces la distribución como algo independiente.[76] En sus palabras, "[…] incluso en materia de distribución, parece que […] los beneficios suministrados por la justificación del objetivo general del castigo son los que explican por qué es que deberían ser infligidos alguna vez dolor o consecuencias no placenteras".[77] La crítica de HUSAK pone de manifiesto un problema en el centro del argumento de HART: el principio de distribución no puede por sí solo indicar cuándo es que hay que castigar, sino que requiere que lo haga el objetivo general del castigo. De tal forma, lo que HART llama principio de distribución retributivo —que establece que solo una persona culpable puede ser castigada— no funcionaría como una guía para determinar quién debe ser castigado y cuánto, sino como una limitación de lo que la justificación del objetivo general del castigo indique que hay que castigar. Esto impediría que cualquier argumento de justificación del castigo, incluido el de ZAFFARONI, pueda dividirse en dos principios independientes para explicar cómo debe justificarse la practica en términos generales y cómo distribuirse en cada caso. De todos modos, aun tras la crítica presentada contra el

[74] HART, *supra* nota 73, p. 4 (traducción propia).
[75] Cf. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 656.
[76] HUSAK, "A Framework for Punishment: What is the Insight of Hart's 'Prolegomenon'", en PULMAN (ed.), *Hart on Responsibility*, New York, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 91-108.
[77] HUSAK, *supra* nota 76, p. 106 (traducción propia).

argumento de HART, sí sería posible que existan ciertas consideraciones que limiten la aplicación del principio general del castigo. A continuación, me detendré a analizar si los argumentos ofrecidos por ZAFFARONI en su teoría del delito podrían funcionar como limitadores del objetivo general del castigo.

Para que esta limitación pueda plausiblemente actuar frente al argumento general de justificación del castigo de ZAFFARONI, es necesario que pueda responder satisfactoriamente las siguientes preguntas: ¿por qué razón habría que acotar el castigo solo a quienes son culpables? ¿Por qué motivo solo se protegería por medio del castigo a quienes cometieron una conducta definida como delito? ¿Por qué razón no deberíamos castigar a personas inocentes para salvarlo de la violencia punitiva? Y, en definitiva, ¿por qué razón debería darse preeminencia a la relación del agente con el hecho y no a evitar que el agente sea convertido en un enemigo?

ZAFFARONI ofrece una respuesta al argumentar en torno a su concepto de culpabilidad. Según el autor, la culpabilidad es el "juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y de este modo operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste".[78] De tal forma, la culpabilidad es la categoría que asocia un injusto penal a una persona, y solo en caso de que este "filtro" sea superado es que un sujeto podría ser castigado. Como mencioné anteriormente, ZAFFARONI considera que la culpabilidad tiene dos componentes, uno asociado a los esfuerzos del agente por ponerse en situación de vulnerabilidad frente al poder punitivo, llamado culpabilidad por vulnerabilidad, y otro vinculado a la relación del agente con el hecho, denominado culpabilidad ética. Esto se debe a que él entiende que esta categoría dogmática tiene la función de limitar la irracionalidad selectiva de personas vulnerables, y que una visión que únicamente preste atención a aspectos del *reproche personal del autor* no lograría contener la violencia irracional y selectiva del poder punitivo.[79] De todos modos, no tiene solo en consideración la vulnerabilidad del agente, sino que también exige un juicio de culpabilidad ética, en virtud de que "el principio de que a nadie puede cargársele con un injusto si no ha sido resultado de su libre determinación o que no puede hacérselo en medida que supere su ámbito de autodeterminación, es poco menos que axiomático para cualquier tentativa de construcción racional del derecho penal".[80] A su juicio,

[78] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 650.
[79] Cf. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 653.
[80] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 652. Se suprimió la cursiva para facilitar la lectura.

"la posibilidad de formular un reproche ético es un presupuesto del reproche del esfuerzo por la vulnerabilidad", y considera que "sería la mayor de las irracionalidades pretender reprochar a una persona en el plano jurídico lo que ni siquiera se le puede reprochar en el plano ético conforme los elementos tradicionales de esta forma de responsabilidad y en base a su ámbito de autodeterminación en el momento del hecho".[81] En otras palabras, un estándar mínimo de racionalidad exige que la persona castigada haya llevado adelante el hecho en pleno ejercicio de su voluntad. Sin embargo, el autor no explica cuál es la razón que lo conduce a concluir que castigar a los culpables es algo exigido por la racionalidad que debe caracterizar al derecho penal, y por ende al castigo.

Si bien el autor explica satisfactoriamente por qué la culpabilidad ética sería insuficiente para que el derecho penal cumpla cabalmente con su función contenedora de la selectividad del poder punitivo —lo que motiva la creación de la categoría de culpabilidad por vulnerabilidad—, solo apela a una abstracta idea de racionalidad para explicar por qué es que debe existir una conexión causal entre el sujeto criminalizado y el hecho. En otras palabras, el autor explica por qué debe tenerse en cuenta la vulnerabilidad del agente, pero no por qué debe tenerse en consideración si el hecho ha sido o no producto de su autodeterminación. Esto resulta problemático, pues la culpabilidad ética podría en ciertos casos entrar en colisión con los postulados generales de su argumento de justificación del castigo. Según ZAFFARONI, la pena se impone con el fin de racionalizar la violencia del poder punitivo —en nuestro caso, bajo la forma de actos de venganza privada— sobre aquellos que han sido seleccionados. Ahora bien, en el supuesto de que una persona sea creída culpable de crímenes masivos y que, por ende, exista sobre ella una amenaza de ejercicio de violencia vindicativa que quedará invariablemente impune en virtud de la pérdida de capacidad ética del derecho penal, ¿por qué razón no castigarla sería más racional que dejar que sea objeto del ejercicio de dicha violencia irracional? ¿Por qué motivo no castigar a la persona inocente creída culpable es más racional que dejar que sea tratada como un enemigo? El autor no ofrece explicaciones.

Si el castigo se justifica porque racionaliza y reduce la violencia que ineludiblemente impondría el poder punitivo —en este caso bajo la forma de violencia privada, que el derecho penal sería incapaz de sancionar luego—, la opción correcta sería castigar a la persona inocente

[81] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 655.

creída culpable con el fin de i) contener la violencia que, de todos modos, se aplicaría sobre ella, ii) prevenir que sea tratada como enemigo y, de esa forma, iii) defender el estado de derecho. En consecuencia, en este tipo de casos, la opción más racional sería no limitar el castigo solo a quienes sean culpables, lo cual impide considerar que el concepto de culpabilidad ética pueda funcionar como un límite que conduzca a que solo las personas culpables sean castigadas. La racionalidad que el autor utiliza para fundar una limitación al castigo es la que conduciría, en verdad, a no limitarlo cuando exista el riesgo cierto de que una persona será objeto de violencia punitiva irracional.[82]

Consideraciones similares impedirían evitar el problema del castigo a inocentes por medio de la propuesta de RAWLS de concebir separadamente el castigo como un conjunto de reglas y como una acción particular que cae bajo esas reglas.[83] Según RAWLS, la primera faceta del castigo debería justificarse en términos utilitaristas, y la segunda bajo argumentos retributivos. Así planteado, esto permitiría al argumento de ZAFFARONI evitar caer en el problema del castigo del inocente, pues el castigo de criminales masivos sería establecido como un conjunto de reglas tendientes a prevenir la venganza privada, y luego la práctica específica de castigar llevada adelante por un juez se aplicaría solo a quienes sean culpables por el hecho. Sin embargo, distintas razones impiden aplicar este enfoque al argumento de ZAFFARONI. En primer lugar, porque el autor argentino no atribuye al castigo ninguna función preventiva de tipo simbólica, sino que su teoría negativa del castigo descree de esas aspiraciones y solo atribuye al castigo una función canalizadora y reductora de la violencia del poder punitivo, que opera únicamente cuando es efectivamente impuesto. Se trata de una cuestión sustancial, pues mientras un sistema de reglas podría apuntar, por ejemplo, a la disuasión en virtud del impacto simbólico de la potencial sanción de quienes cometan un delito, una operación simbólica y abstracta de esta naturaleza no cabría bajo el argumento de ZAFFARONI porque su capacidad preventiva solo aparece al momento en que es aplicado, momento en que la violencia punitiva es racionalizada por las agencias judiciales. En consecuencia, esta distinción entre un sistema de reglas y una práctica individualizada no sería plausible, pues el sistema de reglas no tendría sentido sin la práctica de imposición del castigo, que se funda en razones utilitaristas. En segundo lugar, no sería posible pensar en la acción de aplicación del castigo en términos puramente retributivos como lo hace RAWLS, porque el hecho de la selectividad del

[82] Agradezco a una árbitra anónima o un árbitro anónimo por un comentario que motivó esta aclaración.
[83] RAWLS, "Two Concept of Rules", *The Philosophical Review,* vol. 64, n.° 1, 1955, p. 12.

sistema penal impide a ZAFFARONI concebirlo en esos términos.[84] Por último, tal como he señalado previamente, sus argumentos referidos a la culpabilidad ética no resultan suficientes para limitar la imposición de castigo solo a personas culpables.

En consecuencia, dada la imposibilidad de dividir los principios que guían la distribución del castigo de aquellos que justifican su objetivo general, que el argumento brindado por ZAFFARONI para fundar el concepto de culpabilidad ética resulta insuficiente para limitar el castigo únicamente a personas culpables, y que la visión negativa del castigo de ZAFFARONI impide separar el castigo entre un conjunto de reglas y una práctica, entiendo que el problema del castigo al inocente persiste aun frente a las defensas hipotéticas aquí planteadas. Al final de cuentas, en supuestos en los que una persona es creída culpable de crímenes masivos, el argumento de ZAFFARONI conduce a castigarla para salvarla.[85]

b) El castigo aparente del culpable

El argumento de ZAFFARONI no conduce a justificar la imposición de castigo, sino a representar su apariencia. La idea es sencilla: si lo relevante no es aplicar una sanción al criminal masivo en virtud del hecho que cometió, sino prevenir la venganza privada impune contra él, y eso se logra por la creencia de las víctimas de que la persona que creen responsable fue castigada, lo relevante entonces no es la imposición del castigo sino la creencia de que fue impuesto un castigo. Por ello, es posible pensar que la prevención de la venganza privada puede ser lograda a través de la apariencia de castigo, es decir, engañando a la ciudadanía sobre el hecho de que el criminal ha sido castigado sin que en verdad lo haya sido. Si esta simulación es realizada con éxito, el argumento de ZAFFARONI llevaría a reemplazar el castigo real por la simulación, dado que su argumento no atribuye ningún valor a su efectiva imposición. Es que, como señala PRIMORATZ, en este tipo de argumentos "[…] el castigo real es meramente un costo necesario con motivo de su

[84] En sus palabras, "la pena no es en la realidad retribución, al menos del delito: el delito lo protagoniza un número muy grande de personas, pero el poder punitivo sólo selecciona a los torpes, de modo que si algo retribuye, es la torpeza y no el delito" (ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, p. 72).

[85] Mediante un razonamiento análogo, el propio ZAFFARONI ha admitido la posibilidad de "retener" privada de la libertad a una persona más allá del límite indicado por su culpabilidad por vulnerabilidad, en la medida en que eso permita salvarla de la violencia del poder punitivo, en formas de detenciones informales o ejecuciones ilegales (véase *supra* nota 71). Bien podría pensarse que una persona inocente podría ser privada de la libertad para salvarla de la violencia que sufriría en caso de no ser castigada.

apariencia. De allí que la proporción entre los dos debería ser tanto como fuera posible en favor de la apariencia y contra la realidad".[86]

Si es posible lograr las consecuencias buscadas a través del castigo de un modo menos lesivo "[…] deberíamos montar un espectáculo de castigo, pero sin en verdad infligirlo. En dichos casos sería tan estúpido como cruel no colgar un maniquí y dejar al homicida libre".[87] En estos casos, en los términos utilitaristas planteados por ZAFFARONI, la apariencia de castigo surge incluso como una obligación, pues disminuye los costos de la práctica (no impone sufrimiento) y mantiene los mismos beneficios (previene la venganza privada) y así aumenta la utilidad.[88] La apariencia de castigo, y no su real imposición, es entonces la conducta correcta en términos utilitaristas.

Una réplica usual a este tipo de conclusiones es que resultan impracticables, dado que la mera apariencia de castigo sería en verdad incapaz de engañar a las víctimas y de prevenir la venganza. No es claro que esto sea así, y bien podría pensarse que el estado podría fingir el encarcelamiento de una persona y al mismo tiempo liberarla con una identidad suplantada y su aspecto físico modificado. O inclusive, podría pensarse en formas de castigo que supongan un grado de privación de derechos inferior al que se utilizaría en otros casos.[89] Aun si fuera muy difícil lograr el éxito de estas maniobras de engaño, de ser verdaderos utilitaristas, nuestros esfuerzos deberían dirigirse a lograr la mayor utilidad, y si esa utilidad se logra por medio del castigo aparente, entonces deberíamos concentrarnos en encontrar una forma de fingir el castigo que sea plausible en la práctica. En cualquier caso, el problema es que la teoría admite esta posibilidad.

Un utilitarista podría replicar que un sistema fundado en castigos aparentes sería inviable en la realidad, dado que algunos pocos castigos aparentes descubiertos pondrían en jaque todo el sistema penal. Es cierto. Probablemente un sistema que solo se dedica a imponer penas falsas sería difícilmente sostenible a largo plazo. Pero para salvar esta cuestión solo habría que imponer tantos castigos como sea sostenible. Sin embargo, discutir cuál es la cantidad de castigos aparentes que se

[86] PRIMORATZ, *supra* nota 66, p. 192 (traducción propia).
[87] PRIMORATZ, *supra* nota 66, pp. 193-194 (traducción propia).
[88] Una crítica referida a la utilización de medios alternativos menos lesivos ha sido plantead por GARGARELLA, *supra* nota 19 y GARGARELLA, *supra* nota 55.
[89] En Argentina, han permanecido detenidos responsables por graves violaciones a los derechos humanos en cuarteles con acceso a comodidades que no se encuentran disponibles en prisiones, lo que demuestra la plausibilidad práctica de este tipo de alternativas.

podrían aplicar elude el verdadero problema del argumento: que no logra justificar normativamente lo que se propone justificar, el castigo real a criminales masivos. En efecto, el centro del problema es que el argumento no justifica el castigo real de criminales masivos cuando puede ser sustituido por castigos aparentes. En la medida en que eso sea posible, el argumento fracasa en su intento de justificación.

Ahora bien, ¿cuántos castigos aparentes es sostenible aplicar? ¿De qué forma? ¿Bajo qué circunstancias? Son preguntas que se refieren a otro aspecto del problema, y que no es necesario debatir acá. Creo que la crítica queda suficientemente asentada con el simple hecho de que el argumento no logra justificar lo que se propone. En cuanto a las preguntas formuladas, a los efectos de este trabajo es suficiente saber que, de seguirse el argumento de justificación de ZAFFARONI, deberían aplicarse tantos castigos aparentes como fuera posible.

c) La impunidad de los criminales desconocidos

La última crítica de tipo filosófico apunta a que el argumento de ZAFFARONI permite justificar la impunidad de aquellos criminales masivos que hubieran logrado permanecer en el anonimato. Según el argumento bajo estudio, solo se puede castigar justificadamente a aquellas personas sobre las que exista una amenaza de venganza privada, y una precondición para ello es que sean conocidos e identificables por las víctimas. Esta circunstancia conduce a no justificar el castigo de muchos autores de crímenes masivos aberrantes, por el simple hecho de que las víctimas desconocen su identidad y que, por lo tanto, no habría amenaza alguna de que existan actos de venganza.

Esto resulta especialmente problemático en la medida en que muchos de los sistemas de terror estatal utilizados para cometer estos crímenes han sido de tipo clandestino y sus operadores han actuado en la informalidad, y eso impidió que muchos criminales masivos fueran identificados por las víctimas a causa de la utilización de seudónimos o por las condiciones inhumanas a las que estas eran sometidas. De seguirse el argumento de ZAFFARONI, solo podría ser justificado el castigo contra los criminales masivos que fueron efectivamente identificados por las víctimas, que es esperable que sólo alcance a los mandos altos y medios en virtud de su mayor exposición pública. De tal forma, en este tipo de casos, la clandestinidad de los propios sistemas de terrorismo de estado terminaría contribuyendo a la impunidad de muchos de sus ejecutores, lo cual resulta inaceptable.

Justificar la impunidad de criminales masivos porque lograron su anonimato gracias a la clandestinidad en la que operaron es problemático por diversas razones. Desde una perspectiva retributiva, resulta problemático en la medida en que los autores de estos graves hechos merecen ser castigados, pero primordialmente porque validar su impunidad significaría aceptar que puedan obtener una ventaja indebida. El carácter indebido del beneficio que obtendrían deriva del hecho de que su impunidad se lograría gracias a que actuaron a través de circuitos informales de terror estatal, lo cual constituye un plus de incorrección moral en su comportamiento. Admitir que puedan beneficiarse de ello significa aceptar que puedan obtener ventajas por haber agregado un mayor grado de incorrección a su conducta.

Asimismo, la impunidad derivada del anonimato también sería problemática desde un enfoque utilitarista, en la medida en que podría funcionar como un incentivo para el uso de canales clandestinos. En efecto, es plausible pensar que si lo que determina la impunidad es haber logrado el anonimato exitosamente, esto constituye un incentivo muy fuerte para que quienes cometan este tipo de actos se esfuercen por no ser identificados, y por ende un estímulo para que actúen a través de mecanismos informales. Esto colisionaría con el enfoque acotante del poder punitivo que ZAFFARONI atribuye al derecho penal y al castigo, pues, al final de cuentas, su argumento de justificación podría terminar por incentivar mayor clandestinidad en el ejercicio de esa violencia. En lugar de contener la irracionalidad del poder punitivo, el argumento podría incentivar que el poder punitivo actúe de un modo más clandestino y que, por lo tanto, su violencia sea aun más irracional, alejándose todavía más del ideal del estado de derecho que el castigo debe defender.[90]

2. Déficit empírico

El plano del ser aparece como la principal preocupación del autor a la hora de expresar su teoría. A tal punto esto es así que critica las construcciones teóricas basadas puramente en el plano del deber ser, por considerar que "la ciencia social demuestra que la pena en el mundo —en la realidad— nunca *es* como los teóricos afirman que *debe ser*"[91] y considera que "si bien es verdad que el *ser no determina el deber ser*, no es posible negar que lo *limita*, porque un *deber ser que no pueda llegar a ser*, lejos de expresión de un valor jurídico, es un disparate".[92] El autor se propone

[90] Agradezco a una árbitra anónima o un árbitro anónimo por un comentario que motivó esta aclaración.
[91] ZAFFARONI, *supra* nota 44, p. 30.
[92] ZAFFARONI, *supra* nota 44, p. 30.

entonces construir un argumento que incorpore datos ontológicos.

Los elementos relevantes que ZAFFARONI encuentra en la realidad para la justificación del castigo por crímenes de masa son: la existencia de venganza privada contra los criminales masivos que no son castigados, la impunidad de dichos actos de venganza y la capacidad del castigo para evitar que esa venganza privada exista. Sin embargo, el autor no ofrece prueba empírica para sustentarlo y sus apreciaciones sobre lo que ocurre en el plano real se oponen a la experiencia argentina.

a) Ausencia de prueba empírica sobre la idoneidad preventiva del castigo

Aun si concediéramos que existe en el plano empírico una tendencia hacia la venganza privada contra los criminales masivos no castigados, cuestión de la que me ocuparé luego, y que esos actos de venganza quedarían impunes, eso nada nos dice acerca de por qué es que debemos utilizar el castigo como medio para prevenirla. Dicho de otro modo, ¿sobre la base de qué prueba es que ZAFFARONI postula que el castigo posee idoneidad para prevenir el ataque de las víctimas? Una respuesta simple a ello sería que la pena de prisión supone separar al criminal masivo de la sociedad y que, de esa forma, se lo protege de las venganzas. ¿Esto significa, entonces, que el único castigo justificable sería la prisión o uno que logre una segregación semejante? De ser así, ¿cuánto tiempo de encarcelamiento sería suficiente para prevenir las venganzas? ¿Por qué es que las víctimas no atacarían al criminal masivo una vez que salga de prisión? ZAFFARONI no ofrece respuestas a estas cuestiones.

En definitiva, el autor no ofrece prueba empírica para sostener la eficacia preventiva del castigo. Por esa razón, su argumento sería pasible de las mismas críticas que él realiza a quienes justifican el castigo sin tomar en consideración el plano del *ser*, a los que critica por construir argumentos meramente normativos y sin sustento empírico que demuestre que el castigo sea capaz de lograr las funciones que le son asignadas teóricamente.[93]

b) La ausencia de casos de venganza privada en Argentina

El autor no ofrece prueba empírica para sustentar la existencia de venganza privada contra

[93] Véase ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 14, pp. 22-23, donde se critica que los discursos legitimadores del castigo suelen carecer de fundamentaciones empíricas válidas.

criminales masivos, sino que se limita a enumerar dos ataques —los homicidios de Talât y Mussolini— y luego realiza una generalización respecto de ese fenómeno. A partir de allí funda la necesidad de castigar a los criminales masivos para prevenir ataques contra ellos.

Esos dos casos de venganza citados por ZAFFARONI contrastan notablemente con la experiencia argentina, en la que tanto las víctimas, sus familiares y el movimiento de derechos humanos en general se han comportado de manera marcadamente pacífica en sus reclamos.[94] Desde los más de treinta años transcurridos desde la recuperación democrática hasta la actualidad solo se registró un caso de agresiones contra un criminal masivo: el puñetazo de una víctima a Alfredo Astiz.[95] Esta agresión no constituye el tipo de ataques que el autor pareciera buscar prevenir a través de la imposición de castigo, dado que no provocó daños de tipo permanentes que permitan asociarlo con la gravedad de las ejecuciones de Mussolini y Talât. La agresión en cuestión no tiene una entidad suficiente como para degradar a las víctimas, y no parece razonable considerar que su impunidad pueda conducir a una regresión civilizatoria.[96] No parece ser el caso y, aun si lo fuera, su carácter aislado impide predecir de manera generalizada ataques de venganza contra criminales masivos impunes, y mucho menos para fundar el castigo contra ellos.

Lejos de tomar el camino de la venganza y la violencia, las víctimas y el movimiento de derechos humanos en Argentina han sostenido incesantes y pacíficos reclamos de memoria, verdad y justicia, como las rondas de abuelas y madres de plaza de mayo o las movilizaciones anuales del 24 de marzo, entre otros. Una prueba contundente contra la asunción fáctica de ZAFFARONI es la campaña "Acá vive un genocida"[97] de la organización H.I.J.O.S. Tras años de impunidad, esta agrupación comenzó a realizar actos públicos de repudio frente a los domicilios de las personas señaladas como responsables de dichos crímenes como una forma de condenar socialmente los

[94] Esto fue incluso tomado en cuenta por el autor (ver ZAFFARONI, *supra* nota 16, p. 111), al afirmar que "[…] en América Latina se han cometido crueles genocidios que han quedado prácticamente impunes, sin que haya habido episodios de venganza masiva". Sin embargo, continúa sosteniendo que el castigo a criminales masivos debe ser justificado sobre la base de esa venganza.

[95] Véase al respecto, ALIBERTI, *Sin cura*, Página/12, 15/10/07; AZNÁREZ, *Una víctima de la dictadura argentina propina una paliza al capitán Astiz, acusado de torturador*, El País, 18/9/1995; MARZAL, *A veinte años de la piña a Astiz, el autor revive la historia*, Río Negro, 4/9/2015.

[96] Cf. ZAFFARONI, *supra* nota 44, p. 34; ZAFFARONI, *supra* nota 23, pp. 487-488.

[97] BRAVO, "H.I.J.O.S. en Argentina. La emergencia de prácticas y discursos en la lucha por la memoria, la verdad y la justicia", *Sociológica – México*, vol. 27, n.º 76, 2012; Asimismo, véase GINZBERG, *Diez años de H.I.J.O.S*, Página/12, 17/04/2005; y CHIENTAROLI, *El escrache, de Argentina al mundo*, El País, 6/03/2003.

crímenes impunes de la dictadura.[98] A contramano de lo que podría deducirse de la idea de venganza presentada por ZAFFARONI, desde hace más de quince años que se realizan este tipo de actos y no han existido agresiones directas contra los acusados de crímenes masivos, ni contra sus allegados o sus bienes. Aun sabiendo quiénes eran y dónde estaban los responsables de la muerte y desaparición de sus padres, los miembros de H.I.J.O.S. optaron por protestar pacíficamente pidiendo el "juicio y castigo" de los responsables de dichos crímenes. Desde la perspectiva del autor, un reclamo bajo esa consigna no solo no se orienta a dar un trato de enemigo a los acusados, sino que los reafirma como personas y fortalece de ese modo el estado de derecho.

La inexistencia de actos de venganza ha sido tal que, incluso, muchos criminales masivos participaron de la vida política del país mientras duró su impunidad. Por ejemplo, Antonio Bussi fue gobernador de la provincia de Tucumán entre 1995 y 1999, convencional de la Asamblea Nacional Constituyente de 1994 e intendente electo de San Miguel de Tucumán en 2003, aunque no pudo ejercer el último cargo por haber sido detenido. Otro caso similar es el de Luis Patti, condenado en 2011 por crímenes de lesa humanidad, quien en 2005 fue elegido como diputado nacional por la provincia de Buenos Aires, aunque no asumió porque la Cámara de Diputados rechazó su título de legislador por falta de idoneidad moral. Y muchos otros criminales masivos hoy condenados transitaron un largo período de impunidad en libertad y sin sufrir una sola agresión de parte de las víctimas.

Una situación similar se puede pensar respecto de los civiles que han sido acusados de colaborar —en algunos casos de manera decisiva— con los crímenes de la dictadura. Pese a la persistencia hasta el presente de un alto nivel de impunidad,[99] no se han conocido ataques contra empresarios, miembros del clero, políticos, sindicalistas, periodistas, o en general cualquier persona que hubiera colaborado con la dictadura militar, y sí, en cambio, existieron manifestaciones no violentas de organizaciones de derechos humanos contra su impunidad.[100] En

[98] BRAVO, *supra* nota 97.

[99] Hasta el primer trimestre de 2016 solo dos funcionarios judiciales y dos empresarios habían sido condenados (véase PROCURADURÍA DE CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD, *Informe estadístico: El estado de las causas por delitos de lesa humanidad en Argentina. A 40 años de del golpe, 10 años de justicia*, Buenos Aires, Procuración General de la Nación, 2016). A eso se debe sumar la condena del empresario Marcos Levín en 2016, las condenas dictadas contra funcionarios no militares y contra el capellán Christian von Wernich.

[100] Por ejemplo, la Asociación Madres de Plaza de Mayo realizó un "juicio público" contra medios de comunicación y periodistas ("Entre el archivo y la denuncia", Página/12, 30/4/2010); organizaciones de

consecuencia, la asunción de ZAFFARONI en torno a la venganza privada contradice la experiencia argentina.

El autor se adelantó a esta potencial crítica y expresó que "[f]uera de los supuestos de 'tiranicidio', es decir, cuando el criminal ha perdido el poder, en muchos casos no ha tenido lugar la ejecución vindicativa porque las propias víctimas o sus deudos optaron por las vías legales, pero debe observarse que lo hacen, precisamente, para no caer ellos en la negación de la condición de persona del criminal, lo que los colocaría en su mismo nivel ético y […] deslegitimaría la lucha por la punición legal […]".[101] Entonces, ¿por qué propone justificar el castigo de criminales masivos sobre la base de un dato de la realidad que en verdad no es tal? El autor no ofrece razones para continuar sosteniendo un argumento de justificación del castigo que se basa, justamente, en la existencia de datos empíricos que no se verifican.

Las implicancias de seguir el argumento de justificación de ZAFFARONI parecen ser serias, pues conduce a considerar que las condenas por crímenes de lesa humanidad impuestas en Argentina no se encuentran justificadas, pues en ese entonces no existían amenazas de venganza privada que debieran ser prevenidas a través del castigo. En la misma línea, tampoco se justificaría en el futuro el castigo impuesto a los cómplices, partícipes o coautores civiles que aún siguen impunes, pues no hay hoy amenazas de venganza que deban ser prevenidas. Si, en cambio, se pensara que el castigo puede ser válidamente aplicado, eso debe basarse en una justificación diferente a la propuesta por el autor.

VII. Conclusión

A lo largo de este trabajo analicé el argumento que ZAFFARONI ofrece para justificar el castigo por crímenes de masa. Para ello, revisé inicialmente cuál es el alcance de la necesidad de

derechos humanos realizaron "escraches" o actos de repudio contra la empresa Ledesma y su principal propietario, Carlos Blaquier ("Escrache a Ledesma", Página/12, 9/8/2008; "Marcha y Escrache a Blaquier, Ledesma y el Poder Judicial", La Izquierda Diario, 17/7/2015); se realizaron actos públicos de repudio contra el actual titular del sindicato de la construcción, Gerardo Martínez, por su vinculación con el Ejército durante la dictadura y con la desaparición de afiliados a dicho gremio ("Escrache al titular de la UOCRA, Gerardo Martínez", La Voz del Interior, 1/9/2011); o el festival de repudio a la desestimación del pedido de destitución del Juez Pedro Hooft ("Un festival para repudiar la absolución del Juez Hooft", Infojus Noticias, 14/5/2014), entre otros.

[101] ZAFFARONI, *supra* nota 44, p. 33, nota al pie n.° 19.

justificación de castigo, con el fin de evaluar qué tipo de cuestiones debería responder un argumento que, como el de ZAFFARONI, pretenda decir que podemos válidamente castigar a alguien. Tras ello, presenté el argumento de ZAFFARONI para justificar el castigo en general, como herramienta de contención del poder punitivo, y luego su argumento de justificación del castigo por crímenes de masa.

Como he señalado, el autor justifica el castigo por crímenes masivos en virtud de su poder reductor de violencia. El castigo se justifica porque rescata a los criminales masivos de los actos de venganza de las víctimas, los cuales quedarían impunes en virtud de la pérdida de "eticidad" del derecho penal para sancionarlas, algo intolerable para el estado de derecho en la medida en que supondría deparar al criminal masivo un trato de enemigo. Tras ello, intenté demostrar que este argumento es utilitarista, al justificar la práctica en virtud del resultado positivo que arroja el cotejo de sus costos (la aplicación de violencia) y sus beneficios (prevenir la venganza privada y así evitar tratar al criminal masivo como enemigo).

Posteriormente, presenté dos tipos de críticas. El primer conjunto, de tipo normativo-filosófico, es una consecuencia del carácter consecuencialista del argumento de justificación. La primera se funda en que el argumento de ZAFFARONI permite en ciertas circunstancias, castigar a personas inocentes. La segunda de estas críticas indica que el argumento de ZAFFARONI no justifica en verdad el castigo, sino su apariencia. En tercer lugar, critiqué que el argumento justifica la impunidad de los criminales que lograron su impunidad gracias a la clandestinidad de los sistemas de terrorismo estatal en los que operaron.

El segundo conjunto de críticas se funda en la falta de apoyo empírico. Si bien el autor hace especial énfasis en la necesidad de incorporar elementos del *ser* en las discusiones sobre la justificación del castigo, fracasa a la hora de incorporarlos a su argumento de justificación. No ofrece prueba empírica sobre la existencia de la venganza privada, ni sobre la aptitud del castigo para prevenirla. Además, sus afirmaciones contrastan con la inexistencia generalizada de actos de este tipo en las épocas de impunidad de los crímenes cometidos por la dictadura argentina. Asimismo, el argumento conduce a considerar que las condenas impuestas en Argentina por crímenes de lesa humanidad no estarían justificadas en virtud de la inexistencia de venganza privada.

Por todas esas razones, considero que el argumento de tipo utilitarista presentado por ZAFFARONI no logra justificar el castigo por crímenes masivos, tanto desde el plano normativo-

filosófico como desde el empírico. La falta de apoyo fáctico antes señalada convierte al argumento en puramente normativo, y como tal adolece de los problemas de fundamentación antes señalados. No ha sido el objetivo de este trabajo dilucidar qué argumentos sí logran justificar adecuadamente el castigo, y solo me limitaré a señalar que los argumentos retributivos no son pasibles de las críticas antes señaladas —aunque sí de otras objeciones—, y que los enfoques comunicativos del castigo[102] se presentan como una alternativa interesante a los argumentos consecuencialistas y retributivistas clásicos. En cualquier caso, en este ensayo me limito a concluir que de considerar que el castigo de los crímenes de masa puede ser impuesto justificadamente, eso debe responder a un argumento distinto al modelo de costos y beneficios aquí analizado.

VIII. Bibliografía

ALIBERTI, Eduardo, *Sin cura*, Página/12, 15/10/07, disponible online [enlace verificado el 24 de febrero de 2018].

AZNÁREZ, Juan Jesús, *Una víctima de la dictadura argentina propina una paliza al capitán Astiz, acusado de torturador*, El País, 18/9/1995, disponible online [enlace verificado el 24 de febrero de 2018]

BEADE Gustavo/LORCA, Rocío, "¿Quién tiene la culpa y quién puede culpar a quién? Un diálogo sobre la legitimidad del castigo en contextos de exclusión social", en *Isonomía*, n.° 47, 2017, pp. 135-164.

BENTHAM, Jeremy, "The Utilitarian Theory of Punishment", en TONRY (ed.) *Why Punish? How Much? A reader on Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 51-70.

BERMAN, Mitchel, "Castigo y Justificación" (traducción de Julia de la Parra y Marcelo Ferrante), en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 8, 2007.

BÖHM, María Laura, "Los crímenes de Estado la complicidad civil y el sistema punitivo" en *En Letra Derecho Penal*, año 1, n.° 1, 2015, pp. 8-18.

BRAVO, Nazareno, "H.I.J.O.S. en Argentina. La emergencia de prácticas y discursos en la lucha por la memoria, la verdad y la justicia", *Sociológica – México*, vol. 27, n.° 76, 2012.

[102] Véase al respecto, DUFF, *supra* nota 15.

CHIENTAROLI, Natalia, *El escrache, de Argentina al mundo*, El País, 6/03/2003, edición online [enlace verificado el 24 de febrero de 2018].

DUFF, Antony, *Punishment, Communication and Community*, New York, Oxford University Press, 2001.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón* (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos y Rocío Cantarero), Madrid, Trotta, 2014, pp. 331-336.

FERRANTE, Marcelo, "Filosofía del Derecho Penal", en FABRA ZAMORA, Jorge Luis/SPECTOR, Ezequiel (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2015, edición online, p. 2088 [enlace verificado el 24 de febrero de 2018].

GARGARELLA, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social,* Bogotá, Siglo del Hombre, 2008.

— "La coerción penal en contextos de injusta desigualdad", Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, 2010, edición online [enlace verificado el 24 de febrero de 2018].

— "La tarea del juez y los límites del minimalismo penal" en ÍDEM, *Castigar al Prójimo. Por una Refundación Democrática del Derecho Penal*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016, pp. 31-57.

GINZBERG, Victoria, *Diez años de H.I.J.O.S*, Página/12, 17/04/2005, edición online [enlace verificado el 24 de febrero de 2018].

HART, H. L. A., "Prolegomenon to the Principles of Punishment" en ÍDEM,, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 1-27.

HUSAK, Douglas, "A Framework for Punishment: What is the Insight of Hart's 'Prolegomenon'" en PULMAN, Chris (ed.), *Hart on Responsibility*, New York, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 91-108.

INFOJUS NOTICIAS, "Un festival para repudiar la absolución del Juez Hooft", Agencia Nacional de Noticias Jurídicas, 14/5/2014, edición online [enlace verificado el 24 de febrero de 2018].

MARZAL, Daniel, *A veinte años de la piña a Astiz, el autor revive la historia*, Río Negro, 4/9/2015, disponible online [enlace verificado el 24 de febrero de 2018].

MURPHY, Jeffrie G., "Marxismo y retribución", en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 17, 2016.

NINO, Carlos S, Ética y Derechos Humanos, Astrea, Buenos Aires, 2012.

PAGÉS, Gloria, "Marcha y Escrache a Blaquier, Ledesma y el Poder Judicial", La Izquierda Diario, 17/7/2015, edición online [enlace verificado el 24 de febrero de 2018].

PRIMORATZ, Igor, "Punishment as Language", en *Philosophy,* vol. 64, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. 187-205.

PROCURADURÍA DE CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD, *Informe estadístico: El estado de las causas por delitos de lesa humanidad en Argentina. A 40 años de del golpe, 10 años de justicia*, Buenos Aires, Procuración General de la Nación, 2016, edición online [enlace verificado el 24 de febrero de 2018].

RAWLS, John, "Two Concept of Rules", en *The Philosophical Review,* vol. 64, n.° 1, 1955, pp. 3-32.

RIVERA LÓPEZ, Eduardo, "Castigo penal, injusticia social y autoridad moral", en *Análisis Filosófico*, vol. 35, n.° 2, 2015.

SMILANSKY, Saul, "The time to punish", en *Analysis*, vol. 54, n.° 1, 1994, pp. 50-53.

TIMMONS, Mark, *Moral Theory. An Introduction*, New York, Rowman & Littlefield Publishers, 2002.

VALES, Laura, "Entre el archivo y la denuncia", Página/12, 30/4/2010, edición online [enlace verificado el 24 de febrero de 2018].

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Estructura Básica del Derecho Penal,* Buenos Aires, Ediar, 2009.

— *La palabra de los muertos,* Buenos Aires, Ediar, 2011.

— *Crímenes de masa*, Buenos Aires, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.

— *El enemigo en el Derecho Penal,* Buenos Aires, Ediar, 2012.

— *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2008.

Notas sin firma,

— "Escrache a Ledesma", Página/12, 9/8/2008, edición online [enlace verificado el 24 de febrero de 2018].

— "Escrache al titular de la UOCRA, Gerardo Martínez", La Voz del Interior, 1/9/2011, edición online [enlace verificado el 24 de febrero de 2018].

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 6, pp. 125-151

APUNTES SOBRE EL NUEVO RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ARGENTINO

Dr. Juan Pablo MONTIEL*

Fecha de recepción: 11 de diciembre de 2017
Fecha de aprobación: 20 de abril de 2018

Resumen

La ley n.º 27.401 introduce en el ordenamiento jurídico argentino la responsabilidad penal de la persona jurídica en relación con los delitos de corrupción. Semejante innovación trae consigo innumerables desafíos para la práctica empresarial en la Argentina, como así también inconvenientes e incertidumbre. La nueva regulación marca interesantes lineamientos en materia de *compliance* e introduce reglas procesales de valor para la praxis. Sin embargo, abre interrogantes sobre, por ejemplo, cómo compatibilizar el nuevo régimen de responsabilidad penal empresaria con los ya vigentes respecto de los delitos contra el orden socio-económico, cómo determinar el régimen de imputación elegido por el legislador y de qué modo lograr facilitar la tarea de la administración de justicia en la identificación de sistemas de integridad idóneos. Con este escenario de fondo, al artículo pretende mostrar los rasgos fundamentales de la nueva ley.

Palabras clave: Responsabilidad penal – Personas jurídicas – Corporaciones – Empresas – Criminalidad de cuello blanco

Title: Notes on the New System of Criminal Liabiliy of Legal Persons in Argentina

Abstract

Law No. 27,401 introduces the criminal liability of legal persons for corruption offenses to the Argentine legal system. Such innovation brings with it innumerable challenges, inconveniences, and uncertainty. The new regulation marks interesting guidelines in matters of compliance and introduces valuable procedural rules for the business practice. However, it raises questions about, for example, how to reconcile the new regime of corporate criminal liability with those already in

* Coordinador General de CRIMINT.

force with respect to crimes against the socio-economic order; how to determine the imputation regime chosen by the legislator; and how to facilitate the task of the administration of justice in the identification of suitable integrity systems. The article aims to show the fundamental features of the new law.

Keywords: Criminal liability – Legal persons – Corporations – Business – White-collar crime

Sumario

I. Introducción; II. La relevancia político-criminal de la reforma; III. Auto-responsabilidad y modelo del déficit organizativo; IV. La incidencia de los programas de cumplimiento en la RPPJ; V. Listado de delitos e injusto de las personas jurídicas; VI. Inconvenientes derivados de la multiplicidad de regímenes; VII. Conclusiones; VIII. Bibliografía.

I. Introducción

El pasado 8 de noviembre de 2017 el Congreso de la Nación aprobó la ley n.º 27.401, cuyo trámite parlamentario se había iniciado en octubre de 2016 con la presentación de un proyecto del Poder Ejecutivo, en el que se pretendía ampliar el régimen penal de las personas jurídicas a los delitos contra la administración pública. Dicho trámite tuvo un camino zigzagueante, dado que el proyecto original sufrió notables modificaciones en la Cámara de Diputados y en el Senado se convirtió en ley un texto diferente a los anteriores.

Vale resaltar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante, RPPJ) no es una institución totalmente novedosa en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que la ley 26.683 de 2011 ya la había previsto respecto de los delitos contra el orden económico y financiero, sin olvidar que incluso con anterioridad una disposición similar aparecía contenida en el ámbito de los delitos tributarios (art. 14 de la ley n.º 24.769).[1]

[1] De otra opinión, SARRABAYROUSE, "Evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Argentina. Balance y perspectivas", en PALMA HERRERA (dir.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 341 ss.; DEL SEL, "Societas delinquere: ¿potest o non potest?", en YACOBUCCI (ed.), *Derecho penal empresario,* B de F, Buenos Aires/Montevideo, pp. 104 ss., para quienes también está reconocida la RPPJ en otros contextos, como por ejemplo en relación con los delitos aduaneros y contra la competencia, etc. Cfr. también BLANCO, "Art. 304. Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en VITALE (dir.), *Código penal comentado de acceso libre*, (disponible en:

La ley cuenta con dos grandes partes: una primera en la que se regulan aspectos materiales y procesales de la RPPJ y una segunda en la que se modifican artículos del Libro Segundo del Código penal (CP) y del Código procesal penal de la Nación[2] y se destaca la introducción de una figura agravada de balances falsos, cuya comisión habilita también el castigo de colectivos. Como se analizará detalladamente más adelante, cobran relevancia en la ley preceptos relativos a los criterios para individualizar las sanciones de las personas jurídicas, entre los que cuentan de manera relevante los programas de *compliance*. Vale ya adelantar que la ley incluso incorpora criterios que —aun siendo discutibles— permiten precisar cuándo estos programas resultan adecuados y, por ende, pueden acabar beneficiando a las personas jurídicas.

La ampliación de la RPPJ a los delitos de corrupción permite a nuestro país ponerse a tono con una tendencia consolidada internacionalmente, especialmente en Europa. En cambio, en el contexto regional todavía no existe una tendencia clara en esta materia, puesto que mientras

http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado), aunque con planteamientos algo confusos, puesto que indica que hasta la introducción del art. 304, CP no existía el régimen de RPPJ, para luego aceptar el carácter penal de las sanciones impuestas previamente en otras leyes, tales como el Código Aduanero, el Régimen Penal Cambiario, la Ley de Defensa de la competencia, etc. No obstante, entiendo cuestionable el carácter *penal* de la responsabilidad, puesto que en muchos casos parece el legislador pretender más bien una sanción de carácter administrativo. En sentido inverso, ABOSO, *Código penal de la República Argentina, Comentado, concordado, con jurisprudencia,* B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2012, pp. 1401 ss., niega el carácter penal de la responsabilidad de personas jurídicas, reconocida en el marco de los delitos contra el orden económico y financiero, y acepta únicamente una de carácter administrativo.

[2] La introducción de regulaciones procesales viene a evitar el problema que todavía hoy afecta a los restantes casos de RPPJ reconocidos legalmente, que carecen de toda legislación de forma relativa a la tramitación del proceso penal. Sobre este problema, SARRABAYROUSE, *supra* nota 1, pp. 375 ss.; DEL SEL, "La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una visión favorable a su adopción y un comentario crítico al proyecto de ley", en *Revista de Derecho penal y Procesal Penal*, n.º 2, 2012, pp. 228. Seguramente la pregunta que se plantea en nuestro régimen actual es si acaso las disposiciones procesales de la nueva ley —limitada a los delitos de corrupción y al falseamiento agravado de balances— pueden ser aplicadas por los jueces en supuestos de delitos de lavado de activos y tributarios. En mi opinión, existe aquí un vacío legal, cuya integración por la vía de la analogía no está libre de polémica en el derecho procesal penal; cfr. al respecto KUDLICH, "El principio de legalidad en el Derecho procesal penal (en especial, el Derecho procesal penal alemán)", en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 450 ss.; JAHN, "Los fundamentos teórico-jurídicos del principio de reserva de ley en el Derecho procesal penal", en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 469 ss.

Chile[3] tiene reconocida la RPPJ para estos casos, en el resto de Sudamérica simplemente existen proyectos de ley (v. gr. Bolivia) o bien se sanciona a las personas jurídicas en casos de corrupción, pero con carácter administrativo.[4]

El presente artículo tiene por objetivo analizar algunos de los aspectos más salientes de la reciente reforma legislativa que experimenta el régimen de la RPPJ. Entre las muchas particularidades interesantes me concentraré en esta oportunidad en analizar aspectos político-criminales relevantes de la reforma (II), el modelo de responsabilidad de la persona jurídica adoptado por el legislador (III), la incidencia del *compliance* en la determinación y graduación de la RPPJ (IV) y finalmente los problemas que presenta la existencia de distintos regímenes de RPPJ en nuestro ordenamiento. Explícitamente se adopta una perspectiva de análisis eminentemente teórico, pero orientado a la resolución de problemas que arroja la praxis empresarial. A su vez, me interesa dejar aclarado que esta contribución no pretende hacer una revisión histórica de la RPPJ en la Argentina ni tampoco hacer un análisis exhaustivo de la presente ley, sino solo de aquellos aspectos que estimo más relevantes.[5]

II. La relevancia político-criminal de la reforma

Si tomamos como referencia los grandes casos en los que la RPPJ tomó notoriedad a nivel global, veremos que siempre han estado vinculados con hechos de corrupción pública y privada. Por ejemplo, la responsabilidad penal suele hacerse efectiva en aquellos casos en los que se advierte que la empresa tenía una "caja negra" o un circuito de negociaciones paralelo, dispuesto para la obtención fraudulenta de contratos públicos. Justamente, la RPPJ venía a reprobar semejante actuación empresarial y también a ofrecer incentivos para que en el futuro se erradicara cualquier estructura diseñada para la corrupción. En este sentido, la ampliación a los delitos contra la administración pública resulta una medida acertada y necesaria, no solo para combatir la corrupción, sino también para cumplir con las exigencias asumidas a nivel internacional por nuestro país. No debe olvidarse que en el marco del convenio de la OCDE en materia de cohecho de funcionarios públicos extranjeros nuestro país se ha comprometido a establecer "*las medidas que*

[3] Ley n.º 20.393.

[4] Cfr. art. 1 de la Ley anticorrupción brasileña; Ley peruana de responsabilidad administrativa de personas jurídicas por cohecho activo transnacional, n.º 30.424.

[5] Ello explica que el aparato bibliográfico no recoja todos los trabajos escritos en nuestro país, sino que intenté dar cuenta de aquellos trabajos más representativos.

sean necesarias, de conformidad con sus principios jurídicos, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho de un servidor público extranjero" (art. 2).[6] Como se desprende del propio tenor de este artículo, el convenio no exigía el establecimiento de una responsabilidad de carácter *penal*, sino meramente un tipo de responsabilidad que resultara efectiva para desincentivar a las personas jurídicas.[7]

La experiencia internacional indica que la RPPJ *bien implementada* tiene positivas repercusiones en la disuasión de conductas delictivas vinculadas a la actividad empresarial.[8] La principal razón es que, por esta vía, las empresas comienzan a tener incentivos para involucrarse activamente en la prevención de la corrupción, ya sea porque se abstienen de montar estructuras dispuestas exclusivamente para obtener ventajas en contratos públicos de manera fraudulenta, o porque observan el denominado *due diligence*,[9] mediante controles adecuados. Con ello, ya no sería posible que las empresas se acabaran beneficiando de la denominada "irresponsabilidad

[6] Esta necesidad de adecuarse a los compromisos derivados de este convenio internacional surge de la misma exposición de motivos del proyecto de ley: "La posibilidad de que se sancione a personas jurídicas con independencia del establecimiento de la responsabilidad individual por el mismo hecho es una exigencia de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, y ha sido recomendada por el Consejo de la OCDE para Fortalecer la Lucha contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales".

[7] Advierte correctamente ORTIZ DE URBINA GIMENO, "Sanciones penales contra empresas en España *(Hispanica societas delinquere potest)*", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 275 ss., que, con motivo de la introducción de la RPPJ en España en 2010, se incurrió en este error, puesto que en el apartado VII del preámbulo de la propia LO 5/2010 y en la exposición de motivos se hacía alusión a que numerosos instrumentos internacionales demandaban el castigo penal de las personas jurídicas, cuando en verdad a nivel internacional no existe esta exigencia y se deja abierta la posibilidad de una reacción de carácter administrativo. En sentido similar, SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español", en ÍDEM (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 20.

[8] Al respecto, cfr. el excelente trabajo de ARLEN, "Corporate criminal liability: theory and evidence", en HAREL/HYLTON (eds.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, Cheltelham, 2012, pp. 144 ss.

[9] Vincula esta temática con el *compliance* en el entorno de la RPPJ TAYLOR, "Due Diligence: A Compliance Standard for Responsible European Companies", en *European Company Law,* n.º 11, 2014, pp. 86 ss.

organizada"[10] que en la mayoría de los casos ofrece el contexto ideal para la comisión de irregularidades. Dice el conocido refrán: *a río revuelto, ganancia de pescadores*.

Hasta ahora, la ausencia de un régimen penal para las personas jurídicas respecto de los delitos de corrupción acababa generando en las empresas una dinámica sumamente distorsiva y muy favorable a las prácticas opacas. En los países sin RPPJ, las empresas contaban con la figura del llamado "vicepresidente encargado de ir a la cárcel", así caracterizada por Sally Yates, *Deputy Attorney General* de los EEUU hasta este año;[11] es decir, las empresas contaban con una especie de "fusible" que saltaba con el hecho de corrupción y que resultaba intercambiable luego por otro vicepresidente, sin verse afectada la estructura empresarial. En muchos casos, determinadas personas eran contratadas específicamente para dedicarse a la "gerencia de corrupción" de la empresa y esta, a cambio, ofrecía importantes salarios, seguros y una negociación con la administración de justicia para evitar que ese "gerente" del área de corrupción terminara tras las rejas. La RPPJ —especialmente según el modelo adoptado en la actual reforma— cambia este escenario, al impedir que la responsabilidad penal se concentre exclusivamente en las personas físicas involucradas, con la consiguiente "inmunización" de la empresa. A partir de aquí, la persona jurídica debe involucrarse activamente para impedir la comisión de delitos, a partir de contar con una adecuada organización interna destinada a su prevención. Una adecuada organización interna permite —en caso de ser *adecuada* y no una mera "fachada"— mantener a la empresa al margen de un castigo penal.

III. Auto-responsabilidad y modelo del déficit organizativo

En la doctrina se conocen dos grupos de modelos relativos a la regulación de la RPPJ: el modelo de la heterorresponsabilidad o responsabilidad por el hecho ajeno y el modelo de la autorresponsabilidad o de la responsabilidad por el hecho propio.[12]

[10] Sobre la noción de "irresponsabilidad organizada" en el terreno empresarial, cfr., SEELMANN, "La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena", en VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (eds.), *Límites al Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 217.

[11] Citado por GARRETT, "The Metamorphosis of Corporate Criminal Prosecutions", en *Virginia Law Review,* n.º 102, 2016 p. 7.

[12] En detalle, sobre estos modelos cfr. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo,* Iustel, Madrid, 2008, pp. 88 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones*

El primero de estos modelos asume que la persona jurídica no comete por sí misma delitos, sino solo a través de sus miembros. Son estos últimos los que realizan la conducta típica y los que detentan determinados estados mentales (dolo o imprudencia). Sin embargo, se interpreta que bajo ciertas condiciones esa actuación de las personas físicas puede ser tomada como una actuación de la propia empresa y, por ende, transferírsele a esta la responsabilidad.[13] El primero de estos casos se da cuando los sujetos que realizan la conducta típica detentan cargos jerárquicos y, por ende, tienen poder de decisión. Principalmente este es el caso de los directivos de las empresas, respecto de los cuales se entiende que son la empresa, sus «mentes» y su «cuerpo»; sus decisiones son las decisiones de la persona jurídica. Pero también la atribución de responsabilidad a la empresa resulta posible bajo este modelo con relación a actos realizados por empleados de nivel inferior, cuando su comisión es consecuencia de la falta de cuidado en la empresa en la vigilancia o en la selección del personal en cuestión.[14]

Por su parte, el modelo de autorresponsabilidad o de responsabilidad por los hechos propios considera que los delitos sujetos al régimen de la RPPJ sí pueden ser imputados directamente a la empresa.[15] Aquí no se trata, por ende, de buscar los elementos constitutivos del delito en el empresario para luego trasladarlos a la empresa. Al contrario, bajo estos modelos la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad se predican en relación con la empresa.[16] Desde luego

y asociaciones, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 140 ss.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial ('Compliance programs')", en GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y Códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 115 ss.; ORTIZ DE URBINA GIMENO/SARRABAYROUSE, "Informe sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica", en LASCANO/MONTIEL (coord.), *Informe CRIMINT-UNC 2012. Reforma del Código penal argentino*, S. S. de Jujuy, 2013, pp. 62 ss.

[13] ORTIZ DE URBINA GIMENO, *supra* nota 12, p. 115.

[14] ORTIZ DE URBINA GIMENO, *supra* nota 12, pp. 115 s.

[15] Salvando los matices, se trata en la actualidad del modelo dominante en la doctrina comparada, cfr. entre otros, KUDLICH, "Compliance mediante la punibilidad de asociaciones", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid 2013, pp. 283 ss.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, *supra* nota 12, pp. 120 s.; ORTIZ DE URBINA GIMENO/SARRABAYROUSE, *supra* nota 12, pp. 63 s.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, "Tomarse la responsabilidad de las personas jurídicas en serio: la culpabilidad de las personas jurídicas", en *En Letra: Derecho Penal*, n.º 2, 2016, pp. 35 ss.; ORCE/TROVATO, *Delitos Tributarios*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 201 ss.

[16] Sobre las dificultades y alternativas para reconstruir estos presupuestos en las personas jurídicas, cfr. MIR PUIG, "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas", en *RECPC,* n.º 6, 2004, p. 8; KUDLICH, *supra* nota 15, pp. 285 ss.; BAIGÚN, *La responsabilidad penal de la persona jurídica (Ensayo de un*

que estos modelos —al igual que los anteriores— no pasan por alto que quien realiza la acción típica "de propia mano" no es la empresa, sino el empresario, por lo que resulta necesaria la conducta típica de ciertos sujetos. Sin embargo, el modelo de la autorresponsabilidad exige, para considerar el hecho como propio de la persona jurídica, que, además, se haya cometido como consecuencia de un déficit organizativo. Con otras palabras: es necesario que el delito se haya visto posibilitado por un defecto de organización que padecía la empresa.

En los regímenes de RPPJ previstos para los delitos contra el orden económico y financiero y para los delitos tributarios no quedaba muy claro cuál de los dos modelos era seguido por el legislador. Tomando como referencia el art. 304 CP y el art. 14 del Régimen penal tributario encontramos fuertes indicios de una responsabilidad vicarial o por el hecho ajeno, dado que únicamente se toma en consideración como elemento determinante de la responsabilidad que el delito se haya cometido "en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal".[17] Esta normativa parece exigir únicamente la posibilidad de transferir lo hecho por el empresario a la persona jurídica sobre la base de entender que operó como un "brazo extendido" de esta. Sin embargo, no resulta sencillo concluir indubitadamente que estos regímenes favorecen el modelo de la heterorresponsabilidad —especialmente el contemplado en el título de los delitos contra el orden económico y financiero—, pues el art. 304, 2.º párr., CP introduce como elemento relevante de graduación de la sanción "el incumplimiento de reglas y procedimientos internos", algo claramente asociado con la idea del defecto de organización.[18] Con todo, considero que sería correcto concluir que el legislador sigue para estos casos un modelo de responsabilidad por el hecho ajeno.

La situación es parcialmente distinta en la nueva ley, puesto que aquí el legislador parece haber tomado partido por el modelo de la autorresponsabilidad, aunque todavía parecen pervivir algunos

nuevo modelo teórico), Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 38 ss., 71 ss., 99 ss., y 119 ss.; SCHMIDT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, Heidelberg, 2013, pp. 430 ss.

[17] Sigue un posicionamiento parcialmente coincidente, BLANCO, *supra* nota 1, pp. 11 ss., para quien, sin embargo, el modelo de la autorresponsabilidad estaría implícito cuando el art. 304, CP alude a la necesidad de que exista la intervención de la persona jurídica. Por el contrario, se insinúa que el mencionado artículo recepta un modelo de autorresponsabilidad (TROVATO, "El delito de lavado de dinero y el GAFI", en *Diario DPI*, disponible en https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2014/05/doctrina23.5.14.pdf [enlace verificado el 28 de noviembre de 2017]).

[18] De modo similar, SARRABAYROUSE, *supra* nota 1, pp. 366 ss.

elementos del modelo vicarial. En el art. 2, encargado de fijar los principales criterios de atribución de responsabilidad, el criterio central para imputar a la persona jurídica lo realizado por la persona física es que pueda verse en esa actuación la "cara" de la empresa, porque se obra directamente en su nombre o representación, con su intervención o en su beneficio o interés. Este criterio es corroborado en el párrafo 3.º de ese artículo, en el que se establece la exención de la responsabilidad cuando la persona jurídica no obtuvo ningún beneficio de la comisión del delito, aunque este criterio todavía podría dar motivos a ambos modelos a ver sus ideas respaldadas por el legislador. Sin embargo, en el tenor literal del art. 2 predominan, a mi modo de ver, elementos más asociados al modelo de la heterorresponsabilidad.

Ahora bien, aparecen elementos propios del modelo de la autorresponsabilidad en otras partes del articulado, especialmente allí donde se plasman las pautas para excluir o atenuar la pena de las personas jurídicas. El art. 8 alude a que el incumplimiento de reglas y procedimientos internos incide en la graduación de la pena. El art. 9 establece como uno de los requisitos para la exención de responsabilidad penal la implementación de un sistema de control y supervisión adecuado, cuya caracterización viene dada detalladamente en los arts. 22 y 23, al tratarse los programas de integridad. Estos últimos preceptos vienen a establecer criterios relativos a cómo deben estar organizadas las personas jurídicas para evitar la responsabilidad o verla atenuada. Como veremos en el próximo apartado, la adopción de los programas de integridad es un síntoma del nivel de organización de la empresa, de modo que su existencia y su contenido permiten inferir qué tan bien organizada se encuentra. De este modo, lo relevante no solo es que existan indicadores de que la actuación del empresario pueda ser transferida a la persona jurídica por redundar en su interés o haber sido realizada en su nombre e interés, sino también que exista un defecto de organización. Vemos así que todavía no resulta posible afirmar que la Argentina adopte de manera pura alguno de los dos modelos tradicionales.[19]

IV. La incidencia de los programas de cumplimiento en la RPPJ

[19] El proyecto originario de esta ley, presentado por el Poder Ejecutivo, no cristalizaba de manera más adecuada alguno de los dos modelos. Así, mientras en la exposición de motivos se decía tomar partido abiertamente por el modelo de la autorresponsabilidad ("… se propone responsabilizar a las personas jurídicas por un defecto en su organización interna, que permita a las distintas personas allí enumeradas cometer un delito abarcado por esta ley, como consecuencia de un adecuado control y supervisión de la entidad sobre ellas y de los que pudieran resultar beneficiadas"), el art. 3 parece volver sobre los pasos del modelo vicarial.

Uno de los componentes más claros del modelo de la responsabilidad por el hecho propio basado en el defecto de organización de la persona jurídica lo encontramos cuando la ley les reconoce abiertamente a los programas de cumplimiento una incidencia directa en la atribución de la responsabilidad penal. Básicamente, esta incidencia se proyecta en dos niveles: por exclusión de la responsabilidad o por graduación de la pena. Justamente, dada esta importancia, la ley contiene regulaciones específicas sobre los programas de cumplimiento, que explicitan sus finalidades y su contenido (obligatorio y opcional). Se aprecia, por ende, un esfuerzo por parte del legislador en precisar criterios relevantes para la práctica, lo que, sin embargo, no implica que se hayan explicitado los mejores criterios.

Sin dudas, el efecto más relevante que tienen estos programas para la empresa es en el nivel de la exclusión de pena. El art. 9 establece que una de las condiciones para la exención de la responsabilidad penal y administrativa es que "se hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiere exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito".[20] Resulta fundamental tener en cuenta dos ideas para poder comprender mejor este requisito. La primera aparece asociada con el modelo de la autorresponsabilidad: la persona jurídica que con anterioridad a la comisión del delito cuenta con un sistema de *compliance adecuado*, no padece de un defecto organizativo. De este modo, la persona jurídica estaría dotada de una estructura que, lejos de facilitar o fomentar la comisión de irregularidades, lo impide y cuenta con mecanismos para una mejor detección. Precisamente, como establece el art. 22 de la ley, los programas de cumplimiento están destinados a la "promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos

20 Más allá de lo valioso que resulta que el legislador haya reconocido explícitamente el valor de la existencia de un sistema de *compliance* para excluir la responsabilidad penal, el art. 9 agrega notables problemas prácticos al exigir que la exención de pena quede condicionada a que, *además*, se hubiera denunciado espontáneamente el hecho y se hubiera devuelto el beneficio indebidamente obtenido. A decir verdad, el condicionamiento de la exención de pena a la concurrencia de estas otras dos circunstancias desvirtúa incluso el modelo de autorresponsabilidad por defecto organizativo, que expresamente asume el legislador. Que una persona jurídica con un adecuado sistema de *compliance* no denuncie un hecho o no devuelva lo recaudado indebidamente, no tiene absolutamente nada que ver con la pregunta de si se encuentra bien o mal organizada y, por añadidura, de si padece o no un déficit organizativo. Ello no significa que la denuncia espontánea o la restitución carezcan de importancia; todo lo contrario, ambas cosas deberían fomentarse en la ley. Sin embargo, no podrían condicionar la exención de pena, puesto que no hacen a la organización defectuosa de la persona jurídica.

por esta ley". La segunda idea fundamental es que la virtualidad eximente de estos programas de *compliance* está supeditada a que sean *adecuados*, esto es, a que sean idóneos para impedir, controlar y detectar la comisión de delitos. Que no cualquier sistema de *compliance* pueda contribuir a dejar sin pena a una persona jurídica es un intento de evitar que empresas corruptas quieran garantizar su impunidad a partir de tener programas ineficaces que, en definitiva, sean solo una pantalla o una "teatralización" de *compliance*.[21]

Por su parte, los artículos 22 y 23 establecen criterios que ayudan a determinar cuándo los programas de cumplimiento resultan adecuados. En este sentido, se establecen dos tipos de criterios: uno de carácter *general*, relativo a la orientación de estos programas, y otro de carácter *particular*, que alude a los contenidos mínimos que puede tener el sistema de *compliance*.

El art. 22 establece como criterio general que los programas de cumplimiento deben estar diseñados e implementados sobre la base del tipo de riesgo implicado en la actuación de la concreta persona jurídica, su dimensión y su capacidad económica. Este primer criterio pretende transmitir la idea de que los sistemas de *compliance* están sujetos a la concreta actividad que desempeña la empresa y por ello, por ejemplo, no es el mismo el sistema que requiere una empresa dedicada a la industria de celulosa y papel que un banco. Así, un excelente sistema de cumplimiento para una industria puede resultar completamente inadecuado para otra. Igualmente, el tipo de procesos de vigilancia, detección y reacción empresarial frente a los delitos varía decisivamente según el tamaño de la entidad y ello explica que el nivel de complejidad nunca pueda ser igual en una PyME que en una multinacional con filiales en diferentes países.[22]

Los contenidos concretos del sistema de cumplimiento aparecen regulados en el art. 23, en el que se distinguen aquellos que necesariamente deben estar presentes para asegurar su idoneidad (*elementos obligatorios*) y aquellos otros cuya presencia es únicamente facultativa (*elementos*

[21] HEMPHILL/CULLARI, "Corporate Governance Practices: A Proposed Policy Incentive Regime to Facilitate Internal Investigations and Self-Reporting of Criminal Activities", en *Journal of Business Ethics,* n.º 87, 2009, p. 345, aluden en estos casos a sistemas de *compliance* "de papel".

[22] Para GÓMEZ-JARA DÍEZ, "¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel", en *Política Criminal*, n.º 5, 2010, p. 462, el tamaño y el nivel de complejidad organizativo tienen una notable incidencia en la propia identificación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que solamente a aquellas que detentan cierto grado de complejidad se les reconoce una esfera de autonomía que conlleve la imposición de la obligación de obrar con fidelidad al derecho.

opcionales). La distinción resulta ya algo extraña, pero especialmente creo que el modo en que se regulan estos elementos presupone un grave desconocimiento de la praxis empresarial.[23] Sorprende que resulte obligatorio que los programas de cumplimiento dispongan de un código de ética o de conducta (art. 23, inc. a) y no así la institución de un oficial de cumplimiento o de un sistema de *whistleblowing*. Cualquier persona mínimamente familiarizada con el mundo empresarial sabe que un código de ética es poco más que una "carta de buenas intenciones", en la que se expresan los lineamientos éticos generales de la empresa.[24] Así, resulta muy difícil compartir la tesis del legislador de que la existencia de un código de ética es un indicador correcto *per se* de la adecuación del programa de integridad y no así un canal de denuncias o la figura de un oficial de cumplimiento. Además, ello presupone olvidar, por ejemplo, que en muchos ámbitos cercanos al regulado por esta ley la figura del oficial de cumplimiento es requerida legalmente, como ser en materia de prevención de blanqueo de capitales.[25] Sobre la base de estos criterios legales, todo juez debería llegar a la conclusión de que una empresa que cuenta con procesos eficientes de denuncias y reporte de irregularidad, con un *compliance officer*, con sistemas de investigaciones internas, etc., pero que carece de un código de conducta, no posee un sistema de *compliance* idóneo, algo que resulta completamente injustificado.

Más allá de esta crítica, cabe destacar que entre los elementos opcionales se reconoce una serie de instituciones conocidas internacionalmente, tales como la figura del oficial de cumplimiento (numeral IX), las investigaciones internas (numeral V), los canales de denuncia de irregularidades (numeral III) y los llamados protocolos "*know your customer*".

Si bien, como acabo de mencionar, el oficial de cumplimiento es una figura conocida ya en nuestro país en el marco del blanqueo de capitales, sus funciones como responsable del sistema de *compliance* exceden largamente el ámbito de estos delitos y se extienden a la prevención de todo

[23] Vale destacar que esta grave equivocación no estaba presente en el proyecto original, el cual en su art. 31 regulaba los elementos que el programa de integridad *podía* contener.

[24] Sin embargo, a otras conclusiones llega STEVENS, "Corporate Ethical Codes: Effective Instruments For Influencing Behavior", en *Jounal of Business Ethics,* n.º 78, 2008, pp. 601 ss., aunque, en mi opinión, sobre la base de caracterizar dentro de la noción de "códigos de ética" elementos que habitualmente son externos a estos.

[25] Cfr. art. 3 Resolución UIF 121/2011. En detalle al respecto, MONTIEL, "Aspectos fundamentales de la responsabilidad penal del compliance officer en el Derecho argentino", en *Anuario de la Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, n.º 4, 2015, pp. 90 ss.

delito vinculado a la actividad empresarial. Se trata de una figura técnica[26] que tiene una gran importancia en la prevención, detección y reacción frente al delito, puesto que caen bajo su órbita, principalmente, las funciones de diseñar los sistemas de cumplimiento, de capacitación de los empleados en temas de transparencia y prevención de la delincuencia y de reporte de irregularidades.[27]

Con relación a las investigaciones internas, el legislador advierte de la necesidad de que en tales procesos se vean afectados los derechos de los investigados, lo que parece razonable especialmente al tomarse en consideración que durante estas investigaciones se producen importantes injerencias en su intimidad, por ejemplo, al revisar correos electrónicos o teléfonos.[28] El legislador advierte aquí también la importancia de que tras las investigaciones internas se adopten sanciones efectivas, lo que nos introduce en un terreno de notable complejidad, dado que con ello nos metemos en el ámbito del derecho laboral.[29] Un sistema efectivo de sanciones debería suponer un cambio en la legislación laboral, lo que en nuestro país siempre resulta una cuestión políticamente espinosa.

A juzgar por la experiencia de países que vienen implementando desde hace tiempo sistemas de *compliance* en las empresas, los canales de denuncia de irregularidades han contribuido

[26] Así, BLANCO, "La relación entre el Estado y los sujetos obligados en la nueva ley de lavado de activos", en *Revista de Derecho penal y procesal penal,* Abeledo Perrot, n.° 11, 2011, p. 1877.

[27] Cfr. BERMEJO/PALERMO, "La intervención delictiva del compliance officer", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 182; LASCURAÍN SÁNCHEZ, "Salvar al oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento", en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, BdeF, Buenos Aires/Montevideo, 2014, p. 327; KONU, *Die Garantestellung des Compliance-Officers*, Duncker & Humblot, Berlin, 2014, pp. 87 ss.; especialmente, MONTIEL, *supra* nota 25, pp. 90 ss., con ulteriores referencias doctrinales y normativas.

[28] Sobre los problemas vinculados a la protección de la intimidad que se plantean en el ámbito de las investigaciones internas, cfr. MONTIEL, "«Autolimpieza» empresarial: *Compliance Programs*, investigaciones internas y neutralización de riegos penales", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 229 ss.; GÓMEZ MARTÍN, "*Compliance* y derechos de los trabajadores", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 134 ss.

[29] Para una mirada sobre sistemas sancionatorios eficientes a nivel comparado, véase MASCHMANN, "Vermeidung von Korruptionsrisiken aus Unternehmenssicht —Arbeits- und Zivilrecht, Corporate Governance—", en BENZ/DIENERS/DÖLLING *et. al.* (eds.), *Handbuch der Korruptionsprävention*, Múnich, 2007, nm. 154 ss.

notablemente a la detección de irregularidades.[30] A su vez, en muchos países los denunciantes cuentan con fuertes incentivos económicos para denunciar.[31] Dada la importancia de esta institución de *compliance* y la cantidad de cuestiones sensibles que aparecen vinculadas (v. gr. protección de la identidad de los denunciantes, protección de datos),[32] la regulación que trae la ley resulta exigua. Por tanto, sería necesario que el establecimiento de sistemas de *whistleblowing* no quedara sujeto a la libre configuración de las personas jurídicas y por ello ayudaría contar con criterios legales generales sobre la institución.[33]

Los denominados protocolos "*know your customer*" (KYC) son cada vez más frecuentes en el tráfico comercial a nivel internacional[34]. Con ello, las empresas que operan en ciertos ámbitos no solo deben preocuparse por su propia integridad, sino también por la de terceros vinculados externamente, como, por ejemplo, proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, etc. La gran polémica que desatan estos nuevos deberes es que con ello se produce una clara alteración de algunas reglas de atribución de responsabilidad que rigen desde hace tiempo en el derecho penal. Especialmente, ello sucede en relación con el principio de confianza, dado que según los deberes KYC es necesario abandonar la regla de que toda persona que obra conforme a derecho debe confiar en que también así lo harán terceros. La existencia de estos protocolos parece partir de un principio de *des*confianza,[35] por lo que sus destinatarios están obligados a velar también por la integridad de sus proveedores.

---

30 RAGUÉS I VALLÈS, "Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa", en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacción corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 161 ss.

31 Sobre los medios para incentivar las denuncias, especialmente, las recompensas o premios, cfr. BERMEJO, "Delincuencia empresarial: la regulación del informante interno (whistleblower) como estrategia político criminal", *en Revista de Derecho penal,* n.º 4, Infojus, pp. 66 s.

32 Sobre algunas de estas cuestiones, ver por todos GÓMEZ MARTÍN, "Compliance y Derecho de los trabajadores", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 141 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *supra* nota 30, pp. 168 ss.

33 Sobre los lineamientos de una regulación de la función de *whistleblowing*, cfr. la excelente propuesta de BERMEJO, *supra* nota 31, pp. 70 ss.

34 En general, al respecto cfr. SILVA SÁNCHEZ, "Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 98.

35 No obstante, considera SILVA SÁNCHEZ, *supra* nota 34, p. 98, que los protocolos KYC no tornan *per se* inaplicable el principio de confianza.

Finalmente, dejando de lado la incidencia de los programas de cumplimiento en la exclusión de la RPPJ, es menester resaltar que también la ley reconoce efectos en la graduación de la pena (art. 8). En particular, se precisa como criterio de medición el incumplimiento de reglas o de procedimientos internos, con lo que pareciera querer expresarse que únicamente tendría sentido tomar como referencia el sistema de *compliance* para establecer una sanción más alta en caso de no cumplir con sus reglas o procedimientos. También a este respecto, la ley ha empobrecido los criterios plasmados en el proyecto del Poder Ejecutivo, dado que en su art. 17, inc. f, se reconocía una función más precisa para la individualización de la sanción. Las consecuencias de este empobrecimiento se aprecian, por ejemplo, cuando nos encontramos con una persona jurídica que ha implementado un sistema de *compliance*, pero que no era adecuado por defectos técnicos. En este caso, según la ley vigente, no cabría atenuar la sanción, algo que resulta abiertamente contra-intuitivo.[36]

Una última cuestión que no quiero dejar de mencionar y que está referida también a la incidencia de los programas de integridad en la RPPJ, tiene que ver con la autoridad que deberá encargarse de determinar si un sistema de *compliance* es adecuado. La ley pasa por alto completamente la cuestión, distinto a lo que sucede con la reciente ley peruana de responsabilidad administrativa de personas jurídicas por delitos de cohecho internacional (n.º 30.424). Allí se le reconoce valor a las certificaciones que otorguen terceros.[37] La cuestión no es irrelevante, puesto que en definitiva el carácter "adecuado" de un programa de integridad puede determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica. El problema se presenta especialmente cuando se atiende a que en la actualidad nuestro aparato de administración de justicia (fiscales, jueces) no está capacitado para asumir la tarea de verificación de la adecuación de los programas de cumplimiento, debido a su propia complejidad y a sus particularidades técnicas. Ahora bien, dejar ello en manos de las consultoras no parece una alternativa libre de cuestionamiento, ya que el gran negocio que hay detrás no despeja las dudas en relación con la transparencia y objetividad de la

[36] Aquí el legislador no ha subsanado el mismo error en el que había incurrido al introducir el art. 304 con la ley n.º 26.683.

[37] Art. 19. Certificación del modelo de prevención. El modelo de prevención puede ser certificado por terceros debidamente registrados y acreditados, con la finalidad de acreditar el cumplimiento de todos los elementos establecidos en el párrafo 17.2 del art. 17. El reglamento establece la entidad pública a cargo de la acreditación de terceros, la norma técnica de certificación y demás requisitos para la implementación adecuada de los modelos de prevención.

certificación, pese a la existencia de normas ISO que regulan la cuestión.[38] Quizá una buena alternativa sería crear una oficina pública encargada específicamente de la cuestión.

V. Listado de delitos e injusto de las personas jurídicas

Según el art. 1 de la ley, el régimen penal para personas jurídicas se aplicará solo en relación con los delitos de cohecho y tráfico de influencias nacional e internacional (arts. 258 y 258 bis, CP), negociaciones incompatibles con la función pública (art. 265, CP), concusión (art. 268, CP), enriquecimiento ilícito (arts. 268 I y II, CP) y balances e informes falsos agravados (art. 300 bis, CP). De este modo, se amplía el catálogo de delitos ya previsto en la legislación penal, cuya comisión por el empresario o sus dependientes habilita la responsabilidad de la persona jurídica. Así, delitos contra el orden económico y financiero y los delitos tributarios y relativos a la seguridad social no son los únicos casos en los que una empresa puede resultar sancionada penalmente. Este art. 1 constituye una de las modificaciones más notables que experimentó el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo, dado que en esta versión original el régimen penal de personas jurídicas se establecía en relación con los delitos contra la administración pública, comprendidos así los Capítulos VI, VII, VIII, IX del Título XI del Libro segundo del CP y el fraude contra la administración pública (art. 174, inc. 5.°, CP). De este modo, la ley deja fuera del régimen penal de la persona jurídica importantes delitos, en los que las empresas pueden incidir en un funcionamiento irregular de la administración pública e incorpora únicamente como delito no previsto en el proyecto original el de balances falsos agravado.

La ampliación de los supuestos en los que puede castigarse penalmente a las empresas dispuesta por esta nueva ley, queda igualmente por detrás de la que se había proyectado en el Anteproyecto de 2012, en el que la RPPJ alcanzado delitos de la más diversa índole, incluso más allá de aquellos vinculados a la actividad económica. Entre otros, la RPPJ[39] se previó para los delitos internacionales, trata de personas, narcotráfico, delitos contra la salud pública, delitos contra la defensa nacional, tráfico de órganos, fabricación y tráfico de armas. La aplicación de la RPPJ a los delitos del CP llega a su máxima expresión en el "Frankenstein" aprobado por la

[38] Concretamente las normas ISO 196000.

[39] De todos modos, vale la pena aclarar que, según la exposición de motivos de dicho anteproyecto, queda abierta la cuestión relativa a si se trata de una responsabilidad penal o administrativa y por ello no se emplea el término "pena" sino "sanciones".

Cámara de Diputados, que aplicaba el régimen a todos los delitos del Código penal.[40] Estas notables variaciones ponen sobre el tapete que la elección del listado de delitos tiene un carácter puramente político-criminal, sujeto a las necesidades coyunturales para atacar cierto tipo de delincuencia. Pese a ello, no estamos ante una decisión puramente arbitraria del legislador, sino que se requieren criterios para racionalizar su decisión. Entre ellos, podrían tomarse como punto de partida aquellos delitos paradigmáticamente vinculados a la actividad de entes colectivos o aquellos bienes jurídicos que son más propensos a ser agredidos por las personas jurídicas.[41]

Más allá de que en muchos aspectos resulta cuestionable el listado definitivo que determinó la ley, en este apartado me interesa simplemente caracterizar el sistema legislativo asumido en nuestro ordenamiento. En primer lugar, cabe mencionar que, si bien todavía no contamos en nuestro país con un único régimen de RPPJ (algo que se analizará en detalle *infra*), las diferentes reacciones legislativas y los precedentes permiten concluir que nuestro país se orienta más al régimen del catálogo que al de la remisión general. Con otras palabras, nuestra legislación da algunas pistas sobre su preferencia por un sistema en el que la RPPJ esté atada a un listado concreto de delitos, en lugar de un castigo por cualquiera de los delitos previstos en el CP.[42] En este sentido, la Argentina sigue el sistema dominante en el derecho comparado, adoptado por España, Italia, Chile y Portugal, en detrimento de un *"All-Crime-Approach"*, vigente en el derecho francés y holandés. [43] Si bien, como señala correctamente KUDLICH, [44] no habría razones concluyentes para preferir un sistema por oposición a otro, acaba resultando preferible el catálogo de delitos, dado que así las empresas pueden prever qué delitos son los que deben prevenir y con ello logran gestionar más eficientemente sus recursos para mejorar la protección de bienes jurídicos.

---

40 "Art. 1.°. Objeto: La presente ley establece el Régimen de Responsabilidad Penal para los delitos previstos en el Código Penal de la Nación cometidos por personas jurídicas privadas ya sea de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal".

41 Sobre estos criterios, KUDLICH, "¿Compliance mediante la punibilidad de asociaciones?", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 295 ss.

42 Sobre estos sistemas, ver en detalle KUDLICH, "Deliktskataloge für eine Verbandsstrafbarkeit", en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Verbansstrafbarkeit*, Berlín, 2012, pp. 217 ss.

43 DECKERT, "Corporate Criminal Liability in France", en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal Liability*, Springer, 2011, pp. 157 ss.; KEULEN/GRITTER, "Corporate Criminal Liability in Netherlands", en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal Liability*, Springer, 2011, p. 180.

44 KUDLICH, *supra* nota 41, pp. 294 ss.

Atendiendo a que en la exposición de motivos se anuncia el seguimiento del modelo de autorresponsabilidad, sustentado en una organización deficiente, el sistema de catálogo debe leerse de tal manera que la persona jurídica no está obligada a adoptar estructuras internas de prevención, sanción y detección de *cualesquiera* delitos surgidos de su actividad o que tienen lugar con motivo de esta. Únicamente debe organizarse idóneamente en relación con un concreto listado de delitos. Esto significa que una empresa no podría ser responsabilizada penalmente por eventuales delitos medioambientales y delitos sexuales que se cometan dentro de la empresa. Con independencia de las eventuales responsabilidades de los miembros de la empresa que detentan alguna posición de garante para impedir estos hechos, no estamos ante riesgos penales cuya gestión deba asumir adecuadamente la empresa para no ser pasible de pena.

Llegados a este punto, me interesa dejar tan solo apuntada una cuestión vinculada al injusto que fundamenta la pena, cuyo tratamiento satisfactorio requiere, sin embargo, una atención que excede este trabajo. Habiéndose adoptado un modelo de autorresponsabilidad que se sustenta en el defecto de organización de la persona jurídica, difícilmente pueda interpretarse que el injusto de la persona jurídica lo represente la comisión de alguno de los delitos del listado.[45] Un modelo de la autorresponsabilidad correctamente configurado debería reconocer como objeto de imputación el no haber dispuesto de una organización adecuada para prevenir o, al menos, dificultar seriamente su comisión, en lugar de la comisión de alguno de esos delitos (realizados materialmente por alguno de sus miembros con capacidad de comprometer a la persona jurídica).[46] Por tanto, el injusto culpablemente realizado por la persona jurídica debe retrotraerse a un momento anterior al de la comisión de alguno de los delitos del listado.[47] Esta situación ha conducido a un grupo de autores a sostener que la pena de las personas jurídicas aparece justificada

[45] Ello lleva a que en el fondo deba tenerse por correcta la interpretación de MIR PUIG, "Las nuevas 'penas' para personas jurídicas: una clase de 'penas' sin culpabilidad", en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, B de F, Buenos Aires/Montevideo, 2014, p. 3, según la cual con la introducción de la RPPJ se abandona el principio *societas puniri non potest*, pero no así la máxima *societas delinquere non potest*, dado que la responsabilidad se sustenta en delitos cometidos por personas físicas.

[46] GÓMEZ-JARA DÍEZ, *supra* nota 15, pp. 29 s.

[47] ROBLES PLANAS, "El 'hecho propio' de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código penal de 2008", en *InDret*, n.º 2, 2009, p. 9. En esta dirección, apunta TIEDEMANN que se estaría ante un "*Vorverschulden*" de la empresa (citado por NIETO MARTÍN, "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA [eds.], *Compliance y teoría del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 37).

por la infracción de "deberes de colaboración" (frutos de una transferencia del Estado a los colectivos para que sean estos los que adopten mecanismos de prevención)[48] o bien de incumbencias, cuya infracción invalida la exención de pena.[49] Aquí solo cabe apuntar que ambos caminos son igualmente problemáticos: por un lado, resulta cuestionable hasta dónde es posible imponer a los directivos un deber reforzado penalmente de colaborar con el Estado y de diseñar estrategias de prevención;[50] [51] por el otro, la noción de incumbencia es absolutamente incapaz de fundamentar positivamente el castigo y solamente sirve para explicar por qué razón se mantiene o se rechaza una eximente o atenuante.

VI. Inconvenientes derivados de la multiplicidad de regímenes

Como se expuso *supra*, la nueva ley no viene a crear la institución de la responsabilidad penal de la persona jurídica, sino más bien a completar el régimen ya instituido en relación con otros delitos. De este modo, la legislación cuenta con la RPPJ para los delitos de corrupción previstos en la nueva ley, así como para los delitos contra el orden económico y financiero y para los delitos tributarios y el régimen de la seguridad social. Ahora bien, la reciente reforma no se limita simplemente a introducir un nuevo delito al listado, sino que además introduce nuevas reglas de imputación o nuevos criterios para determinar la responsabilidad de la persona jurídica. Con ello, existen dos regímenes de RPPJ distintos en nuestro ordenamiento jurídico que plantea serias dudas, principalmente, respecto de cuál puede ser la comunicación existente entre estos.

Tanto el art. 14 de la ley n.º 24.769, como los artículos 304 y 313, CP,[52] poseen un tenor literal casi idéntico y simplemente requieren para la imposición de las sanciones a las personas jurídicas que los delitos en cuestión hayan sido realizados "en nombre, o con la intervención, o en

[48] NIETO MARTÍN, *supra* nota 12, pp. 58, 64 y 153.
[49] ROBLES PLANAS, *supra* nota 47, pp. 10 s.; BERMEJO, "La observación del *criminal compliance* desde el enfoque de las *Obliegenheiten*", en CARNEVALI (ed.), *Derecho, sanción y justicia penal*, B de F, Buenos Aires/Montevideo, 2017, pp. 83 ss.
[50] ROBLES PLANAS, *supra* nota 47, pp. 9 s.
[51] En el fondo nos encontraríamos ante un delito de peligro abstracto, con una estructura similar al art. 286 siete que pretendía ser introducido en el CP español en 2015.
[52] La existencia de dos artículos estructuralmente idénticos que regulan la RPPJ en el mismo título del CP representa una técnica legislativa cuestionable y poco comprensible. Incluso, pese a la existencia de estos dos preceptos, no resulta claro si todos los delitos previstos en ese título, puesto que no queda claro a qué delitos es aplicable el art. 313, CP.

beneficio de una persona de existencia ideal". Como ya se afirmó, estos preceptos recogen un modelo de heterorresponsabilidad, por lo que se entiende que cuando se da alguno de los supuestos contemplados de la ley, el juez debe juzgar que el autor del delito "es" la persona jurídica. Este sistema contrasta con el que se dice instaurar con la nueva reforma, al adoptar un enfoque de autorresponsabilidad en virtud del cual lo fundamental para fundamentar el castigo de la persona jurídico es la existencia de un defecto de organización.

El primer problema práctico que surge aquí para las empresas es que precisan tener dos estrategias organizativas distintas, según cuál sea el delito en cuestión. En este sentido, en relación con los delitos de corrupción las personas jurídicas cuentan con la posibilidad de organizarse eficientemente para evitar incurrir en responsabilidad penal. Así, el modo del que dispondrán las empresas para armarse de defensas preventivas es diseñar un buen sistema de *compliance*, capaz de generar procedimientos internos de control y vigilancia que impidan u obstaculicen la comisión de delitos. En la medida en que estos sistemas funcionen adecuadamente, el soborno pagado por un empleado de la empresa a un funcionario público no acarrea la responsabilidad de la empresa, puesto que para ello habrá tenido que realizar un esfuerzo importante para saltarse los controles de un sistema que funciona correctamente. En este caso, no podría juzgarse que exista una actuación "de la empresa", sino "de la persona física", aisladamente considerada. Las empresas no tienen disponible esta opción para neutralizar su responsabilidad penal respecto de delitos de blanqueo de capitales o tributarios. En este contexto resulta poco imaginable una estrategia inhibidora de riesgos penales.

Precisamente aquí queda en evidencia un inconveniente significativo con el que tropiezan los criterios de imputación plasmados en el régimen penal tributario y en los delitos contra el orden económico y financiera. Puesto que en estos supuestos la RPPJ queda sujeta solamente a que haya habido una actuación de la empresa o de alguien en su interés o nombre, entonces lo que la persona jurídica haga como tal o deje de hacer para impedir delitos pierde importancia a los efectos de justificar el castigo.[53] Esta regulación impide distinguir actuaciones de miembros de la empresa en beneficio propio y en beneficio de la persona jurídica y por ello cualquier ilicitud en la que se vea envuelta la persona jurídica genera su responsabilidad. Con ello, estamos ante un

[53] Un buen ejemplo de este funcionamiento patológico lo ofrece la condena impuesta a una persona jurídica en la Sentencia del Tribunal Oral Penal Económico N.º 2, del 26 de septiembre de 2017 (CPE 1129/2015/TO1).

régimen de responsabilidad *objetiva*, ya que con independencia de lo que haga la empresa será pasible de sanción cuando su nombre aparezca involucrado en el delito.[54]

No puede negarse que aún no se ha podido dilucidar si la RPPJ esconde en el fondo una estructura de imputación marginada del principio de culpabilidad. Sin embargo, aquí entiendo que es justo salir en defensa de la noción de culpabilidad por "déficit de organización", puesto que, más allá de las imprecisiones que todavía padece esta noción, representa una manera de vincular la pena a un comportamiento disvalioso, atribuible a la persona jurídica como tal. En este modelo se le reprocha a la persona jurídica el no haber dispuesto una estructura interna capaz de prevenir la comisión de los delitos en cuestión o bien el haberlo dispuesto de manera incorrecta o inadecuada. Trasladando de manera racional la máxima *ultra posse nemo obligatur* al ámbito de la persona jurídica, sería irracional demandarle el impedimento absoluto de delitos, puesto que el control interno nunca puede ser equivalente al que tiene una persona física respecto de sus propios actos. Por ello, solamente cabe exigir racionalmente que la empresa esté organizada de tal manera que la comisión de ilicitudes constituya una verdadera excepción. Bajo la idea del déficit de organización, a la persona jurídica se la censura con la pena por su mala organización o su falta de organización, por lo que en esta estructura existe un objeto de imputación. Tal cosa no sucede con el modelo auspiciado por los regímenes de los delitos contra el orden económico y tributario, porque la RPPJ se convierte meramente en un "reflejo" *forzoso* de la responsabilidad individual.[55]

La inconstitucionalidad derivada de la responsabilidad objetiva queda salvada en varias disposiciones de la nueva ley. En primer lugar, el art. 9, inc. b, contempla como uno de los requisitos para la exoneración de responsabilidad el haber contado con un sistema de supervisión y control adecuado; esto es, que tenga un sistema de *compliance* que la dote de una organización eficiente para la prevención de ilicitudes. Especialmente, en segundo lugar, el art. 2, 3.º párr., establece que la persona jurídica queda exenta de responsabilidad cuando la persona física que cometió el delito "hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella". En este sentido, la nueva ley cuenta con criterios para separar aquellos supuestos en los que la comisión del delito es un *output* marginal y excepcional de la empresa —que como tal debe

[54] A una conclusión similar llega MIR PUIG, *Derecho penal,* 10.ª ed., L. 34, n.º m. 104, respecto del modelo receptado en España mediante LO 5/2010.

[55] ORTIZ DE URBINA GIMENO/SARRABAYROUSE, *supra* nota 12, p. 64, hablan de una presunción *iure et de iure* conforme a la cual la responsabilidad subjetiva de la persona física conlleva la de la persona jurídica.

ser aislado dentro de la empresa— y aquellos otros en los que el delito es el síntoma de la despreocupación o caos de la empresa, donde ese *output* parece una consecuencia lógica o previsible.

Cabe esperar que una pronta reforma integral del Código penal solucione estos inconvenientes. En primer lugar, adoptando un único régimen para todos los supuestos de RPPJ, con independencia de cuál sea el delito en cuestión. En segundo lugar, erradicando de la legislación penal un modelo de RPPJ incompatible con la Constitución, que reconoce un sistema de responsabilidad penal objetiva. Una reforma en este sentido ayudaría notablemente a brindar más certidumbre a las personas jurídicas en la gestión de riesgos penales.

VII. Conclusiones

Con las reflexiones anteriores he pretendido únicamente dejar apuntadas algunas de las cuestiones estructurales más importantes del nuevo régimen de RPPJ. Pese a que esta ley no trae a nuestro derecho una novedad absoluta ni tampoco constituye un producto jurídico del que debamos sentirnos orgullosos, sí debe rescatarse que representa un intento serio por alinear a nuestro país con las exigencias y con las tendencias internacionales en la lucha contra la criminalidad. A partir de esta ley se abren en la praxis jurídica y en la academia de nuestro país un nuevo ámbito de discusión muy fértil para explorar.

En los próximos años valdrá la pena discutir en torno a la naturaleza de la responsabilidad de las empresas, concretamente si verdaderamente estamos ante una de carácter penal o si más bien cabría explicitar su pertenencia al terreno del derecho administrativo. La discusión no resulta baladí, especialmente si consideramos las diferentes reglas procesales válidas en ambos casos. También —esto de cara a una reforma del CP— valdrá la pena discutir sobre los criterios que deberían guiar al legislador a la hora de armar el catálogo de delitos sujetos a RPPJ. Estos son solo algunos de los muchos temas que deberán aparecer en el debate doctrinal futuro en nuestro país.

En el marco de esta reforma no debe perderse de vista la importancia que tendrá el respectivo decreto reglamentario. Si bien es sabido que, en virtud del principio de legalidad, estos decretos únicamente pueden regular aspectos marginales vinculados a la implementación de la ley penal, específicamente para esta reforma las cuestiones de implementación ocupan un lugar destacado. Por ejemplo, sería esperable que el decreto precisara correctamente criterios para la

determinación de la multa aplicable. La concretización de cuestiones de esta naturaleza condiciona, en definitiva, el efectivo poder disuasivo que alcance a tener la ley.

Para finalizar quiero poner énfasis en uno de los principales temas que introduce la nueva ley, el *criminal compliance*,[56] con fuerte impulso en nuestro medio desde hace ya algunos años, pero con una aplicación muy segmentada y priorizada casi predominantemente en las empresas extranjeras que deben adecuarse a las exigencias regulatorias de sus casas matrices. La nueva ley advierte de las necesidades de que las empresas (con independencia de la procedencia de su capital o de su tamaño) deban organizarse adecuadamente para escaparle a la responsabilidad penal. Con ello, se avizora también un cambio en el paradigma del abogado penalista, que hasta ahora había intervenido una vez que existía una investigación o un proceso penal en marcha. Ahora, con la nueva ley de RPPJ ha llegado el tiempo de las defensas preventivas, como un servicio apto para toda empresa.

VIII. Bibliografía

ABOSO, *Código penal de la República Argentina, Comentado, concordado, con jurisprudencia*, B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2012.

ARLEN, "Corporate criminal liability: theory and evidence", en HAREL/HYLTON (eds.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, Cheltelham, 2012, pp. 144 ss.

BAIGÚN, *La responsabilidad penal de la persona jurídica (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Depalma, Buenos Aires, 2000.

BERMEJO, "Delincuencia empresarial: la regulación del informante interno (whistleblower) como estrategia político criminal", en *Revista de Derecho penal*, n.º 4, Infojus, 2013, pp. 49 ss.

— "La observación del *criminal compliance* desde el enfoque de las Obliegenheiten", en CARNEVALI (coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, B de F, Buenos Aires/Montevideo, 2017, pp. 61 ss.

[56] Sobre las principales características de este fenómeno, cfr. MONTIEL, "Cuestiones teóricas fundamentales del *criminal compliance*", en *Revista En Letra*, n.º 7, 2017, pp. 21 ss.

BERMEJO/PALERMO, "La intervención delictiva del compliance officer", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 171 ss.

BLANCO, "Art. 304. Responsabilidad penal de las personas jurídicas", en VITALE (dir.), *Código penal comentado de acceso libre* (disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado).

— "La relación entre el Estado y los sujetos obligados en la nueva ley de lavado de activos", en *Revista de Derecho penal y procesal penal*, Abeledo Perrot, n.º 11, 2011.

DECKERT, "Corporate Criminal Liability in France", en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal Liability*, Springer, 2011, pp. 157 ss.

DEL SEL, "La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una visión favorable a su adopción y un comentario crítico al proyecto de ley", en *Revista de Derecho penal y Procesal Penal,* Abeledo Perrot, n.º 2, 2012, pp. 201 ss.

— "Societas delinquere: ¿potest o non potest?", en YACOBUCCI (ed.), *Derecho penal empresario*, B de F, Buenos Aires/Montevideo, 2010, pp. 89 ss.

GARRET, "The Metamorphosis of Corporate Criminal Prosecutions", en *Virginia Law Review*, n.º 102, 2016, pp. 1 ss.

GÓMEZ-JARA DIÉZ, "¿Responsabilidad penal de todas las personas jurídicas? Una antecrítica al símil de la ameba acuñado por Alex Van Weezel", en *Política Criminal*, n.º 5, 2010, pp. 455 ss.

— "Tomarse la responsabilidad de las personas jurídicas en serio: la culpabilidad de las personas jurídicas", en *En Letra Derecho Penal,* n.º 2, 2016, pp. 24 ss.

GÓMEZ MARTÍN, "Compliance y Derecho de los trabajadores", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 125 ss.

HEMPHILL/CULLARI, "Corporate Governance Practices: A Proposed Policy Incentive Regime to Facilitate Internal Investigations and Self-Reporting of Criminal Activities", en *Jounal of Business Ethics,* n.º 87, 2009, pp. 333 ss.

JAHN, "Los fundamentos teórico-jurídicos del principio de reserva de ley en el Derecho procesal penal", en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 461 ss.

KEULEN/GRITTER, "Corporate Criminal Liability in Netherlands", en PIETH/IVORY (eds.), *Corporate Criminal Liability*, Springer, 2011.

KONU, *Die Garantestellung des Compliance-Officers. Zugleich ein Beitrag zu den Rahmenbedingungen einer Compliance-Organisation*, Duncker & Humblot, Berlin, 2014.

KUDLICH, "El principio de legalidad en el Derecho procesal penal (en especial, el Derecho procesal penal alemán", en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 435 ss.

— "Compliance mediante la punibilidad de asociaciones", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 283 ss.

— "Deliktskataloge für eine Verbandsstrafbarkeit", en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), Verbansstrafbarkeit, Berlín, 2012, pp. 217 ss.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, "Salvar al oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento", en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, B de F, Buenos Aires/Montevideo, 2014, pp. 301 ss.

MASCHMANN, "Vermeidung von Korruptionsrisiken aus Unternehmenssicht —Arbeits- und Zivilrecht, Corporate Governance—", en BENZ/DIENERS/DÖLLING (eds.), *Handbuch der Korruptionsprävention*, Múnich, 2007, pp. 93 ss.

MIR PUIG, "Las nuevas «penas» para personas jurídicas: una clase de «penas» sin culpabilidad", en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (DIRS.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, B de F, Buenos Aires/Montevideo, 2014, pp. 3 ss.

— "Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de persona jurídica", *RECPC*, n.º 6, 2004, pp. 1 ss.

MONTIEL, "Aspectos fundamentales de la responsabilidad penal del compliance officer en el Derecho argentino", en *Anuario de la Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, n. º 4, 2015, pp. 85 ss.

— "Autolimpieza empresarial: *Compliance Programs*, investigaciones internas y neutralización de riegos penales", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 221 ss.

— "Cuestiones teóricas fundamentales del *criminal compliance*", en *Revista En Letra,* n.º 7, 2017, pp. 21 ss.

NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.

ORCE/TROVATO, *Delitos Tributarios. Estudio analítico del régimen penal de la Ley 24.769*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, "Sanciones penales contra empresas en España *(Hispanica societas delinquere potest)*", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 263 ss.

— "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial («Compliance programs»), en GOÑI SEIN (dir.), *Ética empresarial y Códigos de conducta*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 95 ss.

ORTIZ DE URBINA GIMENO/SARRABAYROUSE, "Informe sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica", en LASCANO/MONTIEL (coords.), *Informe CRIMINT-UNC 2012. Reforma del Código penal argentino*, S. S. de Jujuy, 2013, pp. 57 ss.

RAGUÉS I VALLÈS, "Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa", en SILVA SÁNCHEZ (dir.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacción corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 161 ss.

ROBLES PLANAS, "El «hecho propio» de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código penal de 2008", en *InDret*, n.º 2, 2009.

SARRABAYROUSE, "Evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Argentina. Balance y perspectivas", en PALMA HERRERA (dir.), *Procedimiento operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 341 ss.

SCHMIDT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, Heidelberg, 2013.

SEELMANN, "La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena", en VON HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS (eds.), *Límites al Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 213 ss.

SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español", en EL MISMO (dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 15 ss

— "Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial", en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 79 ss.

STEVENS, "Corporate Ethical Codes: Effective Instruments For Influencing Behavior", en *Jounal of Business Ethics*, n.º 78, 2008, pp. 601 ss.

TAYLOR, "Due Diligence: A Compliance Standard for Responsible European Companies", en *European Company Law,* n.º 11, 2014, pp. 86 ss.

TIEDEMANN, "Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", en *NJW* ,1988, pp. 1169 ss.

TROVATO, "El delito de lavado de dinero y el GAFI", en *DPI Diario*, disponible en: https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2014/05/doctrina23.5.14.pdf [enlace verificado el 28 de noviembre de 2017].

ZUGALDÍA ESPINAR, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 6, pp. 152-187

LACLAU Y EL POPULISMO PENAL

NUEVAS REFLEXIONES ACERCA DEL CONCEPTO A TRAVÉS DE LA INTERSECCIÓN DE LA TEORÍA POLÍTICA CON EL MUNDO JURÍDICO

Juan Carlos (Junior) RUAS*

Fecha de recepción: 3 de septiembre de 2017
Fecha de aprobación: 10 de mayo de 2018

Resumen

En la actualidad, es difícil concebir un derecho penal alejado de otros saberes: podemos mencionar como algunos ejemplos de esto a la filosofía moral o política, cuyas contribuciones le han permitido repensar conceptos esenciales, tanto de los fundamentos del castigo, como de la teoría del delito o en la creación de normas penales. Si bien esta interconexión con otras disciplinas es realmente amplia, la cuestión penal no ha problematizado lo suficiente en torno a un concepto tan complejo de definir como puede ser el del "populismo" en materia de teoría política, lo que conlleva una serie de afirmaciones que, como veremos a lo largo de este trabajo en las voces de Ferrajoli y Gargarella, no han dejado de vincular el concepto desde una lectura netamente peyorativa. Por todo esto, la finalidad de este ensayo consistirá en utilizar la obra de Ernesto Laclau y sus estudios sobre el populismo para examinar cuál es en verdad el significado del

* Estudiante de Derecho (UBA). Investigador becario del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP). Contacto: Juancruas@gmail.com. Quisiera agradecer al consejo de redacción de la revista En Letra: Derecho Penal por las sugerencias sobre este trabajo desde los primeros esbozos, dado que muchas me han permitido no solo brindar al lector un trabajo de lectura amena, sino también y principalmente ordenada y clara. En particular, me gustaría agradecer a las siguientes personas: Leandro A. Dias, cuyos consejos en materia editorial fueron de gran ayuda para definir una estructura sistemática, razonable y coherente de los puntos a tratar en este ensayo que siguieron hasta la versión final, y Pablo Larsen, cuyas observaciones críticas sobre el fondo del trabajo permitieron que esta misma sistematicidad no se viera dañada por dejar cabos sueltos. Por último (pero no menos importante), quisiera agradecer a los dos árbitros externos al consejo de redacción y expertos en la temática que debieron evaluar la trama argumental de este ensayo, dado que sus comentarios positivos sobre estas ideas y sugerencias constructivas han sido de gran valor para un estudiante de grado.

populismo y, en particular, el populismo penal, e intentar a través de dos casos de estudio reivindicar dicho término y eliminar la carga negativa que ha pesado sobre este.

Palabras clave: Laclau – Mouffe – Populismo – Populismo penal – Democracia – Hegemonía – Articulación

Title: Laclau and Penal Populism. Rethinking the Concept through the Lens of Legal and Political Theory

Abstract

Currently, it is difficult to conceive criminal law isolated from any other fields of knowledge: we can mention as an example the relationship between criminal law and moral or political philosophy. Although these connectiones with other disciplines is really broad, criminal law scholars have not discussed the polical concept of 'populism' and its meaning to the debate on the limits of criminalization. Ferrajoli and Gargarella, for example, have used the concept in a pejorative sense. The purpose of this essay will be to analyze the work of Ernesto Laclau on populism, in order to examine what the meaning of populism really is and eliminate the negative connotations of this concept in the criminal law debate.

Keywords: Laclau – Mouffe – Populism – Penal populism – Democracy – Hegemony – Articulation

Sumario

I. A modo de presentación: Por qué Laclau, el reivindicador de populismos; II. Hacia una reconstrucción del "populismo penal"; III. Laclau se suma al debate: ¿Cómo entender el populismo?; IV. Hacia un nuevo punto de partida; V. Por un modelo progresista de populismo penal: El desafío Blumberg; VI. Algunas conclusiones preliminares; VII. Bibliografía.

I. A modo de presentación: Por qué Laclau, el reivindicador de populismos

En la actualidad, las interconexiones que se han podido trazar entre el derecho penal y otros saberes afines son realmente amplias: ya sea desde la filosofía moral o política, los estudios hechos han permitido repensar cuestiones esenciales del ámbito jurídico tales como la fundamentación del castigo, la creación de normas penales y el rol de la comunidad con estas.[1] Sin embargo, y a pesar

[1] Si bien la bibliografía es casi ilimitada, me remito entre otros a DUFF y GREEN, *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

de los numerosos trabajos producidos entre estas disciplinas, la interconexión con los estudios sobre el populismo en materia de teoría política no ha sido problematizada de la manera adecuada, lo que lleva en muchos de los casos a definir su relación con el derecho penal desde meros prejuicios infundados.

Ya de por sí, el concepto de "populismo" ha suscitado controversias a lo largo de las décadas posteriores a la adopción del término: ya sea por su vaguedad o indeterminación conceptual, supo cosechar una buena gama de detractores a raíz de la carga peyorativa con la que fue gravado. Sobre el tema, BIGLIERI señala:

> La palabra populismo es quizás uno de los vocablos del léxico de la política que mayor cantidad de sentencias condenatorias tiene en su haber. Posee una difundida connotación negativa para gran parte, por no decir la generalidad, de académicos, periodistas y políticos. Por eso no resulta sorprendente que desde los medios de comunicación se reproduzca el término a la hora de juzgar peyorativamente a algún gobierno, partido o la persona de un político […]. Pareciera, entonces, que el populismo solo puede evocar algo ominoso: remite a lo chabacano, lo estéticamente feo, lo moralmente malo, a la falta de cultura cívica, la demagogia, la falta de respeto por las instituciones, etc., no por casualidad ningún político gusta de ser tildado de populista.[2]

Esta problemática puede observarse con absoluta claridad en el ámbito jurídico y su interrelación con la democracia. Podemos mencionar como breves ejemplos los trabajos de FERRAJOLI al respecto,[3] donde la democracia y la regla de las mayorías son definidas como una "kakistocracia", es decir, el gobierno de los peores. Pero volviendo a la problemática del populismo, pareciera que la cosa se agrava aun más: para la gran mayoría de los juristas en materia penal, es el símbolo de la demagogia y el oportunismo electoral, donde a través del miedo se

[2] BIGLIERI, "El concepto de populismo: un marco teórico", en BIGLIERI y PERELLÓ (comps.), *En el nombre del pueblo: la emergencia del populismo kirchnerista*, Buenos Aires, UNSAM Edita, 2007, p. 15.
[3] FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2010.

promete que penas más duras y políticas de tolerancia cero podrán disminuir los índices de delito en la sociedad.[4]

Creo sin embargo, y tal como mencioné a comienzos de esta breve presentación, que el hecho de que el populismo sea asociado directamente con el oportunismo y el aumento en las penas, se debe entre otras cuestiones al escaso uso interdisciplinario que se le ha dado desde el derecho penal a los estudios sobre el fenómeno en los ámbitos de la teoría política.

Por otra parte, quienes desde otra óptica no atacaron la noción del populismo mediante una visión peyorativa y violenta como se observó en párrafos previos, lo han hecho por el contrario a través de otras teorías de la democracia sin con ello lograr abarcar la especificidad y las dimensiones trascendentales que, según la teoría de LACLAU,[5] abarca toda construcción populista de la política. La reciente crítica deliberativa[6] del populismo penal propuesta por GARGARELLA es un claro ejemplo de esto:

> Para el republicanismo penal, de hecho, una de las formas clave para volver a legitimar el derecho penal y volver a darle sentido consiste en tender puentes entre la ciudadanía y la creación, aplicación e interpretación del derecho penal, porque descansa en las capacidades de la ciudadanía y en su voluntad para hacerse cargo de sus propios asuntos, en la medida en que ello sea posible de un modo efectivo […]. Suscribir una postura como la citada de ningún modo implica vincular el republicanismo con alguna forma de populismo penal: el populismo

[4] Nuevamente, me remito a las referencias de FERRAJOLI sobre el tema: "El miedo ha sido siempre un recurso del poder político: puede producirlo él mismo, como en los regímenes abiertamente autoritarios, o servirse de él, secundándolo o alimentándolo con objeto de obtener consenso y legitimación, como en las campañas populistas de apoyo a medidas penales tan duramente represivas como inútiles e ineficaces […]. Esta política en materia de seguridad, dirigida a obtener consenso secundando el miedo y la demanda de medidas represivas con un uso coyuntural y demagógico del derecho penal, ha sido eficazmente llamada 'populismo penal'" (FERRAJOLI, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011, p. 67).

[5] LACLAU, *La razón populista*, Buenos Aires, FCE, 2005.

[66] Si bien la bibliografía sobre democracia deliberativa es realmente amplia, puede ser entendida como aquel diálogo intersubjetivo entre todos los posibles sectores afectados por alguna medida, para lograr que prime el argumento más racional y se llegue a la verdad epistémica. Entre otros autores que tratan esta versión de la democracia deliberativa, me remito a NINO, La constitución de la democracia deliberativa, Barcelona, Gedisa, 1997.

> descansa en una concepción estrecha y torpe de la democracia, en la que la elite decisora apela a la ciudadanía pero jamás dialoga con ella. Lo que el republicanismo requiere, en cambio, es la recuperación del diálogo hoy ausente entre ciudadanos y decisores.[7]

Si bien este tipo de críticas pueden parecer atractivas a primera vista, nada nos dicen sobre la composición populista en sí. Las descripciones sobre un representante puesto en la figura de una elite y la falta de diálogo que este pueda tener con las masas, corresponden exclusivamente a la personalidad que pueda tener (o no) el líder, e ignoran, entre otras cosas, algunos de los elementos centrales de la lógica populista descritos por LACLAU, tales como la concentración de demandas que se generan en la figura del líder que representa a la masa, o la dimensión afectiva que se encuentra presente entre los miembros que la componen y la figura que los representa.

Este tipo de cuestiones, lejos de mostrarnos una forma "estrecha y torpe" de la democracia como sostiene GARGARELLA, nos develan una forma de hacer política donde la falta de diálogo no es propia del populismo en sí mismo, y donde el afecto que se genera con los representantes que canalizan las demandas de ciertos sectores de la sociedad forma un lazo libidinal mucho más grande del que puede alcanzarse a través de la comunicación.[8]

La pregunta crucial de esta presentación debería ser la siguiente: ¿Por qué usar la obra de LACLAU? Si recién mostramos que en el ámbito jurídico, ya sea por el desconocimiento o un estudio erróneo, se afirma que el populismo penal es tan solo punitivismo o torpeza democrática, los trabajos de LACLAU pueden permitirnos lograr lo que mejor supo hacer el autor en vida, es decir, desistir del concepto peyorativo que se tiene del término.

Para esto, debemos tener en cuenta en primer lugar el hecho de que para LACLAU el populismo no es una ideología, sino una forma de hacer política por excelencia. Las variaciones ideológicas en los populismos son lo que le permite al autor reivindicar dicha construcción política y mostrar entre otras cosas que dependiendo el contenido de las demandas que se articulen en cada lógica populista, la construcción cambiará rotundamente. Generalmente, los populismos

[7] GARGARELLA, *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016, pp. 48-49.

[8] Esta afirmación, si bien puede sonar ostentosa e incluso carente de sustento, será demostrada en los próximos apartados cuando se desarrolle la teoría de Laclau en mayor profundidad.

tendentes a una ideología lindera con la izquierda o el progresismo suelen contener demandas de los sectores de menores ingresos de la sociedad, que han sido relegados y le reclaman al Estado una fuerte asistencia social. Mientras que los populismos cercanos a posturas más conservadoras o de derecha suelen circunscribirse a discursos de odio y reclamos en los que las mayorías piden vulnerar derechos fundamentales de minorías en peligro.[9] Esta segunda clasificación de los populismos que identifica LACLAU está fuertemente alineada con las experiencias del nazismo y el fascismo italiano del siglo pasado[10] y preocupan principalmente a autores como FERRAJOLI por el temor de un resurgimiento del fenómeno.[11]

En segundo lugar, y tal como desarrollaremos en mayor profundidad a lo largo de este trabajo, esta disociación entre populismos de "izquierda" y "derecha" fue lo que le permitió a LACLAU explorar una de las principales formas[12] para desarticular un populismo de derecha y reivindicar así los populismos progresistas: la captación de demandas entre una lógica populista hacia la otra. Siguiendo sus postulados, y una vez demostrado que los populismos no generan solo violencia o promueven solo discursos de odio, el autor nos explica que si un populismo con demandas progresistas y reivindicatorias logra captar demandas sociales de los populismos

[9] Sobre este asunto, debemos mencionar que ciertos autores en el ámbito de la criminología, como PRATT, rechazan la posibilidad de un populismo no vulnerador de derechos de minorías en peligro, a pesar de reconocer la existencia de populismos de izquierda o progresistas: "Históricamente, los movimientos populistas se han encontrado tanto en la izquierda como en la derecha del espectro político […]. En relación con el populismo penal, Matthews (2005) argumentó que este concepto puede representar tanto fuerzas progresivas como reaccionarias (y que los criminólogos que escribieron sobre tales tendencias han ignorado en gran medida lo primero y se han concentrado en lo último). Sin embargo, tal afirmación pasa por alto que los movimientos populistas son 'del pueblo pero no del sistema' (Canovan 1999: 3): están fuera del sistema y son esencialmente una reacción contra el *establishment* político existente. Dado que el *establishment* político en el período de la posguerra ha llegado (a menudo de manera imprecisa) a asociarse con un liberalismo benigno en asuntos penales, el populismo penal inevitablemente adoptará una postura reaccionaria y regresiva en contra de esto" (PRATT, *Penal populism*, Abingdon, Routledge, 2007, p. 20). Este tipo de afirmaciones, provocadoras ante cierto público, son algunas de las hipótesis que intentaremos refutar a lo largo de este trabajo.

[10] Sobre una clasificación más extensa del contenido ideológico de los populismos de derecha, me remito a MOUFFE, "El 'fin de la política' y el desafío del populismo de derecha", en PANIZZA (comp.), *El populismo como espejo de la democracia*, Buenos Aires, FCE, 2009, pp. 94-95.

[11] Nuevamente me remito a FERRAJOLI, *supra* nota 4, dado que casi todo el trabajo gira en torno a este temor.

[12] Hay, sin embargo, otra forma descrita en la obra del autor capaz de desarticular un populismo, pero dada su irrelevancia para la materia de este trabajo, tan solo será mencionada brevemente en el apartado III del ensayo.

reaccionarios, puede desarticularlos electoralmente y evitar que los mensajes de barbarie se impongan en las urnas.

Asimismo, y en relación con las críticas que asocian al populismo con una versión "torpe" de la democracia donde no hay diálogo entre ciudadanos y decisores, el autor elabora su modelo populista en clave con una serie de elementos que serán desarrollados en mayor profundidad en los próximos apartados, pero que merecen ser mencionados brevemente aquí: por un lado, LACLAU identifica una frontera antagónica entre el "pueblo" articulado en la figura de un líder y una "elite" que reprime las demandas sociales de este pueblo; por otra parte, estas mismas demandas son articuladas a través de una que predomina sobre el resto y que une las masas en torno a la figura del líder, gracias al lazo libidinal que une e identifica a los miembros de la masa y al líder entre sí.

Estas dos cuestiones son las que permiten observar que nos encontramos ante un fenómeno donde el líder no es un mero oportunista electoral que suele hablar en nombre del pueblo pero jamás les consulta, dado que este debe rendir cuentas ante la comunidad por ser parte de esta y de la fraternidad que ha forjado con quienes lo siguen:

> [S]i el líder lidera porque presenta de un modo particularmente marcado rasgos que son comunes a todos los miembros del grupo, ya no puede ser, en su pureza, el dirigente despótico, narcisista. Por un lado, como participa en la sustancia misma de la comunidad que hace posible la identificación, su identidad está dividida: él es el padre, pero también uno de los hermanos. Por otro lado, como su derecho a dirigir se basa en el reconocimiento, por parte de los otros miembros del grupo, de un rasgo del líder que él comparte, de un modo particularmente pronunciado, con todos ellos, el líder es, en gran medida, responsable ante la comunidad. La necesidad de liderazgo sigue existiendo […] pero constituye un liderazgo mucho más democrático que aquel implicado en la noción del déspota narcisista.[13]

[13] LACLAU, *supra* nota 5, p. 84. Un claro ejemplo de esta "hermandad" entre el líder y la masa puede observarse en el viejo modelo de conducción política establecido por Juan Domingo Perón, histórico dirigente argentino asociado a los fenómenos populistas en América Latina: "Para conducir un pueblo la primera condición es que uno haya salido del pueblo, que sienta y piense como el pueblo. Quien se dedica a

Si tuviéramos que traducir estos planteos de la teoría política y llevarlos al ámbito del derecho penal, deberíamos primero profundizar en el concepto de "populismo penal" encuadrado y denominado así por los juristas, para luego, sobre la base de la teoría de LACLAU, mostrar otras construcciones progresistas de los populismos penales que no necesariamente sean punitivas o violentas como sostiene parte de la doctrina y, por otra parte, brindar pruebas empíricas de por qué la propuesta de un populismo progresista es más atractiva y menos "torpe" de lo que sostienen las propuestas deliberativas actualmente dominantes a la hora de confrontar a los populismos punitivos de corte reaccionario.

Si bien ya hubo trabajos como el de Russell HOGG[14] que sostienen algo parecido a lo nuestro sobre la base de la teoría de LACLAU y bregan por que el populismo penal sea tenido en cuenta más en serio y se lo deje de ver como una versión "torpe" y violenta de la democracia, dichos trabajos en gran parte se han quedado a medio camino dado que no lograron explicar con mayor detalle los propios ejemplos defendidos sobre populismos penales progresistas, y tampoco han podido brindar buenas explicaciones de por qué una propuesta sobre un populismo penal progresista sería una mejor alternativa que lo sostenido por las críticas deliberativas ampliamente difundidas.

Estas serán entonces (en conjunto con una explicación más detallada de qué es el populismo penal) las metas que tendremos por cumplir en los próximos apartados.

II. Hacia una reconstrucción del "populismo penal"

A la hora de hablar del "populismo penal" y siguiendo en particular los trabajos de PRATT[15] y SOZZO[16] sobre el tema, debemos distinguir dos etapas claves para entender las modificaciones que el concepto fue sufriendo con el paso del tiempo.

---

la conducción debe ser profundamente humanista. El conductor siempre trabaja para los demás. Jamás para él. Hay que vivir junto a la masa, sentir sus reacciones, y entonces recién se podrá unir lo teórico y lo real: lo ideal a lo empírico". (SOLANAS y GETINO, "Entrevista a Juan Domingo Perón", en *Revista Crisis*, Buenos Aires, 1974. Disponible en: https://www.elhistoriador.com.ar/entrevistas/p/peron_crisis.php [enlace verificado el 1.º de enero de 2018]).

[14] HOGG, "Punishment and 'the People': Rescuing Populism from its Critics", en AA.VV, *Crime, Justice and Social Democracy. International Perspectives*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2013, pp. 105-119.

[15] PRATT, *supra* nota 9.

Para comenzar, una noción preliminar del término surge gracias a Anthony BOTTOMS, quien en 1995 hace alusión al concepto de "*populist punitiviness*"[17] para hacer referencia a determinadas conductas oportunistas de los dirigentes políticos a favor de un incremento en las penas, en políticas de ley y orden y tolerancia cero como propuestas para combatir la "inseguridad" y obtener así cierto rédito electoral. Siguiendo a PRATT[18], esta nueva forma de populismo punitivo conlleva inevitablemente una frontera antagónica donde se confronta a una elite de expertos por desconfiar de la "voz del pueblo" y por no compartir sus demandas en materia de seguridad. Esta "voz del pueblo", por supuesto, es invocada por los políticos ante escenarios electorales, pero rara vez les consultan a quienes dicen representar, y se intenta, por el contrario, instaurar el tema en la agenda pública como el conector necesario entre el miedo y el voto.

Con posterioridad, el término se expande para pasar de ser no solo el producto de la dirigencia política, sino también de la voluntad de las masas. Así, el líder ya no maneja a la masa a través del miedo que él mismo crea, sino que mantiene una alianza con esta para lograr mantener su banca o su cargo, dado que es la propia opinión pública, o "la gente", quien le demanda que sea punitivo.[19]

Los componentes de este nuevo populismo penal se corresponderían con los de ciertas conductas demagógicas en torno a las demandas de diversos sectores (en su mayoría) pudientes de la sociedad[20] que ven con gran desdén la opinión exclusiva de expertos en materia penal a la hora de diseñar políticas públicas de seguridad (aquí también hay un claro componente anti-*statu quo*) e intentan imponer —y aquí viene el componente penal— un aumento descabellado en estas políticas punitivas que no parecieran disminuir el delito. Se apela, entonces, a los mismos prejuicios infundados mencionados previamente en torno al populismo: conductas demagógicas

[16] GÓMEZ y PROAÑO, "Entrevista a Máximo Sozzo: '¿Que es el populismo penal?'", en *Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, Quito, FLACSO, n.º 11, 2012 , pp. 117-122.

[17] BOTTOMS, "The philosophy and politics of punishment and sentencing", en CLARKSON y MORGAN (eds.), *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 17-50.

[18] PRATT, *supra* nota 9, pp. 9 -12.

[19] PRATT, *supra* nota 9 pp. 32-34. Es por todo esto que se asocia indirectamente a las mayorías democráticas con la violencia y el maximalismo penal.

[20] Al respecto me remito a BEADE, "El populismo penal y el derecho penal todoterreno en la Argentina", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 90, vol. 31, pp. 55-70. Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina32093.pdf [enlace verificado el 22 de marzo de 2017].

con un componente anti institucional y una posible vulneración de derechos de minorías que no están en condiciones de defenderse de aquellas mayorías enardecidas.

Esta nueva forma de *punitivismo social* no puede dejar de ser entendida a través de tres lugares distintos: a) por un lado, es preciso comprender el rol que portan los medios de comunicación en torno a la utilización de las demandas, o cómo pueden ser capaces de generar temor o violencia en la sociedad; b) por el otro, debemos estudiar qué significado tiene para la doctrina contemporánea esta nueva forma de participación ciudadana; c) y, por último, será preciso analizar el fenómeno desde casos pertenecientes a las movilizaciones sociales del siglo XXI. Estos diversos enfoques serán presentados a continuación.

1. Los *mass media* y el auge de la comunicación popular

El final de la guerra fría y el comienzo de los años noventa del siglo pasado supusieron grandes avances tecnológicos en el mundo. Con la llegada de la globalización, las comunicaciones que interconectaban vastos sectores del mundo se aceleraron y se permitió una más rápida transmisión de todo tipo de datos, productos y servicios. La apertura de los países y los nuevos mecanismos de producción no solo requerían una menor mano de obra a un costo reducido, sino que demandaban nuevos mecanismos de procesamiento de información que pudieran brindar noticias en un lapso menor acorde a los álgidos tiempos de producción. La industria aceleraba a pasos agigantados y los medios de comunicación no podían quedar atrás en este nuevo ritmo del mercado.

Es por todo esto que a comienzos del siglo XXI la mediatización a través de las imágenes pasó a ocupar una nueva forma de comprender el delito: sin tiempo para un profundo o minucioso estudio de las causas de los factores criminógenos, era necesario brindarle al espectador información concreta del hecho en cuestión que apelara a factores emocionales, para que pudiera comprender la noticia desde un lugar casi instintivo.[21]

Ante este escenario de desinformación a través de imágenes en un breve lapso de tiempo, los expertos en materia de seguridad pasan a un segundo plano para dejarnos la comunicación

[21] RODRÍGUEZ, "¿Será justicia? La administración de justicia en los mass media: deshistorización y criminalización de la realidad en el periodismo contemporáneo", en GUTIÉRREZ (comp.), *Populismo punitivo y justicia expresiva*, Buenos Aires, Fabián di Placido Editor, 2011, pp. 300-301.

"popular" y el lenguaje no-técnico como los nuevos formadores de opinión.[22] Esta comunicación popular, a su vez, es el principal factor del crimen como un mercado redituable de noticias: ante la gran masificación y competencia entre empresas de televisión, estas deben encontrar modos de ser más productivas que sus competidoras, y hablar del crimen desde un lenguaje llano y común y apelar a lo afectivo parecen ser lo suficientemente productivos para mantener altos niveles de audiencia.[23]

En este sentido, "[e]l periodista se reposiciona en la sociedad a partir del compromiso que asume. Salta del palco preferencial que tuvo alguna vez asignada la prensa en el modelo clásico liberal, para arrojarse al auditorio y mezclarse entre su audiencia. De modo que la subjetivación del periodismo nos está diciendo sobre el lugar que asume el periodista. Se inscribe entre los ciudadanos, sólo que no será cualquier ciudadano, es 'el ciudadano'; el compromiso del periodista lo posiciona en la vanguardia de la ciudadanía, del cual será su portavoz, el que lleve la voz cantante, el que guía, ilumina o marca el camino para el resto de la opinión pública".[24]

La interrelación de esta nueva *comunicación popular* con el populismo punitivo es más que evidente: a través de mercados cada vez más agilizados y competitivos, se crean noticias que infunden miedo y pánico en la sociedad con la única finalidad de atraer audiencia. Una vez que se instaura el fenómeno de un nuevo delito como parte de la agenda pública, son los propios medios quienes intentan mantener la noticia viva por medio de nuclear muchas de las demandas punitivas ya generadas por ellos mismos y representarlas como la "voz del pueblo" a través de meras encuestas demagógicas, donde se le consulta a la gente por un "sí" o un "no", e incluso se fuerza la respuesta con preguntas capciosas.[25] "Así, preguntas tales como: ¿Está de acuerdo con la libertad condicional?, ¿debe seguir siendo juez "x" que liberó al asesino de "z"?, etc., no sólo tienen la pretensión de sumar adeptos a la causa para así armar luego una falaz mayoría democrática, sino que también minimizan el problema pasando por alto los más básicos derechos fundamentales, en fin, trivializando la cuestión. Es aquí donde comienza a tomar cuerpo el problema".[26]

[22] PRATT, *supra* nota 9, p. 67.
[23] PRATT, *supra* nota 9, p. 71.
[24] RODRÍGUEZ, *supra* nota 21, pp. 285-286.
[25] PRATT, *supra* nota 9, pp. 73-85.
[26] BEADE, *supra* nota 20, p. 62.

Si bien puede ser dudoso que los medios masivos de comunicación logren nuclear a una multitud en una plaza, sí pueden ser responsables de instaurar determinados temas en la política electoral, generar alarma entre los ciudadanos y presionar a los funcionarios públicos a tomar determinadas medidas en nombre del "pueblo".[27]

2. Exceso o falta de virtud democrática: Las reacciones de la doctrina contemporánea

Tal como adelantamos en la introducción de este trabajo, las reacciones al populismo penal han dividido a la doctrina contemporánea en dos grandes categorías: por un lado, están quienes ven el auge del populismo punitivo como un exceso de democracia, al punto de llegar a la tiranía de las mayorías y, por el otro, se encuentran quienes con una teoría de la democracia (la deliberativa) ven en esta nueva composición social una forma burda de eludir las decisiones democráticas, que apela al pueblo pero jamás lo consulta en profundidad. Teniendo en cuenta la amplitud de ambas categorías, me interesa circunscribir ambas posturas a las voces de FERRAJOLI y GARGARELLA respectivamente, dado que considero que ambos autores pueden representar muy bien a quienes se encuentran alineados en alguna de las dos escuelas.

En torno a la postura de FERRAJOLI, podemos rastrear su visión de la sociedad partiendo de su entendimiento del castigo. Para el autor, la población se encontraría inmersa en una violencia desenfrenada si no fuera por las instituciones liberales: solo a través de la expropiación del conflicto por parte de un tercero se logrará prevenir la justicia por mano propia.[28] Ante este entendimiento del hombre, no es de extrañar que su visión de la democracia sea absolutamente peyorativa: aquella es comprendida como una *kakistocracia*, es decir, como el gobierno de los peores,[29] donde un exceso de su participación puede derivar en una violencia irrefrenable. Al trasladar este entendimiento de la democracia al plano del populismo, su percepción de un liderazgo en nombre del "pueblo" se vuelve más sombría:

> [E]sta idea de la omnipotencia del jefe como voz y expresión orgánica de la voluntad popular es al mismo tiempo anticonstitucional y antirrepresentativa. Es

[27] RODRÍGUEZ, *supra* nota 21, pp. 294-297.
[28] FERRAJOLI, "El derecho penal mínimo", en BUSTOS RAMÍREZ (dir.), *Prevención y teoría de la pena*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995, pp. 25-48.
[29] FERRAJOLI, *supra* nota 3.

> sobre todo una idea *anti-constitucional*, dado que ignora o cuando menos desvalora los límites y los vínculos impuestos por las constituciones a los poderes de la mayoría reproduciendo, en términos parademocráticos, una tentación antigua y peligrosa, que está en el origen de todas las demagogias populistas y autoritarias: la opción por el gobierno de los hombres, o peor aun, de un hombre —el jefe de la mayoría— en oposición al gobierno de las leyes, y la consiguiente consideración de la legalidad y de los controles judiciales como insoportables e ilegítimos estorbos a la acción de gobierno.[30]

Siguiendo esta lógica de la demagogia descontrolada a favor de una supuesta mayoría, el populismo penal es para FERRAJOLI "[una] política en materia de seguridad, dirigida a obtener consenso secundando el miedo y la demanda de medidas represivas con un uso coyuntural y demagógico del derecho penal",[31] donde a través de un liderazgo en nombre de "la voz del pueblo" se promueven duras campañas de tolerancia cero contra minorías en estado de indefensión, tales como inmigrantes, trabajadores informales de los estratos más bajos de la sociedad o menores en conflicto con la ley penal, entre otros.

Ante estos "poderes salvajes" o excesos de la democracia, lo que se necesitaría entonces es menos democracia y más derechos: si la democracia supo corromperse y desviarse del respeto a las instituciones liberales, lo único que puede hacerse para contrarrestarla es contraponerle desde la justicia las garantías fundamentales enunciadas en las constituciones e instrumentos internacionales de derechos humanos.[32]

Como hemos mencionado al principio, la postura deliberativa al respecto difiere sustancialmente, ya que para esta el populismo penal no es un exceso democrático como sostiene

[30] FERRAJOLI, *supra* nota 4, p. 48.

[31] FERRAJOLI, *supra* nota 4, p. 67.

[32] PRATS, *Los peligros del populismo penal*, Santo Domingo, Finjus, 2008, p. 47. Me gustaría aclarar ante todo el hecho de que para FERRAJOLI la democracia es entendida a través de los derechos y no son dos conceptos separables. Sin embargo, decidí hacer esta separación dado que PRATS es quien dice (de manera implícita) hablar en nombre de FERRAJOLI en su trabajo, al punto tal de ser el propio autor quien se remite a PRATS en su obra (FERRAJOLI, *supra* nota 4, p. 67, nota 2). El concepto correcto según la obra de FERRAJOLI debería ser que *lo que se necesita es menos democracia formal y más democracia sustancial, dado que una faceta se encuentra socavando a la otra* (FERRAJOLI, *supra* nota 3). Para los fines de este ensayo, entonces, consideramos a la democracia formal como "democracia" a secas y a la faceta sustancial como "derechos".

FERRAJOLI, sino que por el contrario es el símbolo de la falta de democracia *per se*. El punto defendido aquí por GARGARELLA es autoevidente si los estudios empíricos demuestran que la verdadera participación ciudadana no es más punitiva que los jueces profesionales como sostiene FERRAJOLI,[33] entonces nos encontramos ante un fenómeno donde se evoca al pueblo pero jamás se lo invita a participar en la deliberación:

> [L]os populistas tienden a apelar a la "voluntad del pueblo", pero, de hecho, con frecuencia ellos mismos no se molestan en consultar al pueblo al que apelan; no parecen estar en verdad interesados en colaborar con aquellos a los que invocan constantemente. […] Pero lo cierto es que, una vez más, el populismo no toma en serio el carácter inclusivo de la democracia: por lo tanto, a pesar de la retórica, simplemente se convierte en otra versión del elitismo penal [como la defendida por Ferrajoli]. […] La segunda objeción atañe a los populistas que hacen referencia a las encuestas de opinión de uno u otro tipo, con el fin de extraer rápidamente conclusiones punitivistas. En relación con esta evolución, la teoría democrática recomendaría pararse a reflexionar y no apresurarse en la carrera hacia el punitivismo.[34]

Sin embargo, la crítica deliberativa al populismo penal no solo se circunscribe a una falta de democracia o diálogo como mencionamos recién, sino que además posee una bala de plata tendente a contrastar los resultados que pueden obtenerse de una profunda deliberación ciudadana con la mera opinión pública defendida por los populismos penales y creada (mayoritariamente), como mencionamos párrafos atrás, por los medios de comunicación:

> La tercera objeción, en cierto sentido, es la más relevante desde la perspectiva de una democracia deliberativa. Se refiere a la importancia de distinguir entre "meras

[33] Así, BERGOGLIO, AMIETTA y VIQUEIRA sostienen que "[e]l nivel de coincidencia entre las opiniones de magistrados y ciudadanos comunes es alto: en 84% de los casos los veredictos son tomados por unanimidad. Si se consideran conjuntamente las decisiones unánimes, y las tomadas por mayorías compuestas por los dos jueces técnicos, y la mitad o más de los jurados, la convergencia de opiniones entre legos y letrados es verdaderamente muy significativa: supera el 90%" (BERGOGLIO, AMIETTA y VIQUEIRA, "La dureza del castigo penal según legos y letrados - análisis de la experiencia de juicio con jurados en Córdoba, Argentina", en *XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología*, Buenos Aires, Asociación Latinoamericana de Sociología, 2009, p. 8).

[34] GARGARELLA, *supra* nota 7, pp. 219-220.

> opiniones" y "juicios deliberativos", y nos invita a evitar trivializaciones relativas a la democracia y el debate colectivo. […] [L]a discusión pública colectiva es crucial a fin de permitir que cada persona depure sus propias preferencias […]. En efecto, se asume que a través de los debates públicos cada persona tiene la posibilidad de corregir sus propios errores, incorporar nueva información relevante para su razonamiento, diluir prejuicios injustificados, aclarar las ambigüedades y contradicciones en su pensamiento, etc. Por tales razones, los demócratas deliberativos apoyan los sistemas institucionales que no consideran las preferencias de la gente como algo dado: ven las preferencias declaradas o las "meras opiniones" de la gente como el resultado endógeno de un proceso que involucra, a menudo, prejuicios, renuncias e injusticia.[35]

En este punto podemos comprender entonces que para las críticas deliberativas la democracia no es entendida simplemente como la regla de las burdas mayorías tal como sostiene FERRAJOLI, sino que, siguiendo en parte la reflexión de PETTIT sobre el tema,[36] la democracia es entendida como aquel orden tendente de manera asintótica a la verdad epistémica, a través del diálogo y la reflexión colectiva; calidad y cantidad no son sinónimos en esta visión de las instituciones, y por ende "no es más democrática una marcha de 100.000 personas, sólo por el hecho de que sea una buena cantidad de personas".[37]

3. Populismos penales del siglo XXI: Un caso práctico de estudio

Habiendo explorado las facetas mediáticas, reaccionarias o carentes de diálogo que pueden presentar los populismos penales del siglo XXI, me interesa ahora utilizar como campo de estudio de este trabajo el fenómeno Blumberg y comprobar así si dicho caso puede encuadrarse dentro de las descripciones realizadas por la doctrina penal contemporánea.

Tras el secuestro y posterior asesinato de su hijo Axel, Juan Carlos Blumberg decidió en 2004 iniciar una masiva movilización social hacia diversas instituciones del Estado argentino que reclamó un aumento en las penas de diversos delitos y la instauración de una política de "tolerancia cero"

[35] GARGARELLA, *supra* nota 7, p. 221.
[36] PETTIT, "Depoliticizing Democracy", en *Ratio Juris*, n.º 1, vol. 17, 2004, pp. 52-65.
[37] BEADE, *supra* nota 20, p. 65.

hacia la delincuencia.[38] Dicha movilización debe ser entendida como el resurgimiento de ciertas políticas de corte punitivo y neoliberal que acompañó a Blumberg hasta erigirlo mediática y popularmente como el padre de todos los padres preocupados por sus hijos ante la inseguridad.[39]

En efecto, señala CALZADO el hecho de que uno de los factores claves a la hora de tratar el caso mediáticamente fue el factor emocional a través del melodrama:

> La emocionalidad del caso surge de elementos tales como la dicotomización entre el futuro prominente y el final trágico, en este sentido hay grandes similitudes de este tipo de presentación en el conjunto de medios analizados. La imagen opuesta entre el basural de la localidad de La Reja, donde aparece el cuerpo de Axel, y su juventud promisoria es un elemento sobre el que se realiza el relato en la mayor parte de los medios cuando se conoce el caso.[40]

Esta sucesión de imágenes dramáticas no solo permiten conectar emocionalmente con el espectador, sino que a su vez permiten una construcción colectiva de un "nosotros"; la víctima no era solo un joven con un futuro prominente, es uno de los "nuestros" en un guerra contra la delincuencia. Al respecto los delincuentes no son ciudadanos, son "ellos", los "enemigos",[41] y quien desde el rol de la autoridad se muestre benigno con "ellos" o en contra del "nosotros", se

[38] Una interesante cronología de estas políticas de mano dura en la Argentina y sus posteriores fracasos fueron recopilados por el CELS en http://cels.org.ar/cronologia-de-la-mano-dura/?hc_location=ufi.

[39] En sintonía con esto, VAN DEN DOOREN afirma que "[d]e esta manera adquiere relevancia el poder de las víctimas y/o sus familiares —auto-definidos apolíticos— como actores claves en la relación de fuerza dentro del campo político: determinados sectores de dicho campo utilizan el poder que representa la imagen de estos actores apolíticos haciendo de ello un arma política fundamental para generar leyes que, en definitiva, responden ya no a este reclamo (discurso manifiesto) sino a otros intereses no declarados" (VAN DEN DOOREN, "La creación de la Ley Penal. El contexto socio-político del período legislativo 2004", en GUTIÉRREZ (comp.), *Populismo punitivo y justicia expresiva*, Buenos Aires, Fabián di Placido Editor, 2011, p. 146).

[40] CALZADO, *Elementos para el análisis del tratamiento mediático del caso Blumberg*, p. 20. Disponible en: http://legacy.flacso.org.ar/uploaded_files/Publicaciones/Antropologia_Mercedes.Calzado.Doc.Nro5.pdf [enlace verificado el 16 de enero de 2018].

[41] CALZADO, *supra* nota 40, p. 22.

encuentra deliberadamente instaurado como el otro victimario producto de su inacción ante la inseguridad.[42]

Por otra parte, es este mismo fenómeno de la guerra contra la delincuencia lo que posiciona a Blumberg como el jefe de familia, como la voz del pueblo: "se le destina toda la piedad, todo el dolor y hasta la admiración y el liderazgo al padre del hijo muerto; no al hijo, no al muerto. Tanto ha hecho Blumberg que la víctima del asesinato de Axel no es Axel, es él. Es Blumberg".[43]

Esta congregación emocional encarnada en la figura de un hombre que arremete contra las instituciones liberales no solo ha tenido el tratamiento mediático adecuado, sino que también supo congregar miles de personas a lo largo de reiteradas movilizaciones donde muchas veces y, como reclaman las críticas deliberativas, fueron convocadas sin que se les informaran las medidas y dando por hecho sus opiniones al respecto.[44]

Sin lugar a dudas, y evaluando los numerosos trabajos y estudios de diversos campos realizados en torno al caso Blumberg,[45] dicho fenómeno no solo cumple con las características de todo populismo penal moderno (construcción mediática, punitivismo, falta de diálogo, etc.), sino que también será de utilidad para su análisis en contraste con la teoría de LACLAU a la hora de entablar

[42] CALZADO, *supra* nota 40, pp. 37-38.

[43] FEINMANN, "La Argentina Intolerante", en ÍDEM, *Escritos imprudentes II. Argentina, América Latina y el imperio global*, Editorial Norma, Buenos Aires, 2005, pp. 100-101.

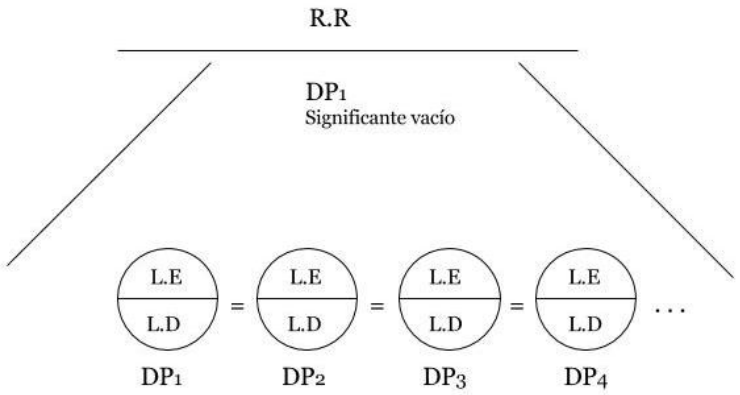
[44] CESARONI, FELDMAN e IRRAZÁBAL, *Reflexiones en torno a los 10 años de las "leyes blumberg"*, Temperley, Tren en Movimiento Ediciones, 2014, p. 4, Disponible en: https://www.aacademica.org/gabriela.irrazabal/18.pdf [enlace verificado el 1.º de enero de 2018].

[45] Entre otros, me remito a VAN DEN DOOREN, *supra* nota 39; CESARONI, FELDMAN e IRRAZÁBAL, *supra* nota 44; CALZADO, *supra* nota 40; MARTI□NEZ, *La disputa de sentido sobre los ciudadanos y los otros. El discurso de los medios gráficos en torno al caso Blumberg*, disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2488097.pdf [enlace verificado el 16 de enero de 2018]; CALZADO y VAN DEN DOOREN, "¿Leyes Blumberg? Reclamos sociales de seguridad y reformas penales", en *Delito y Sociedad*, vol. 1, n.º 27, 2009, pp. 97-113; MANCHADO, *Sujetos estigmatizados y discursividad en torno a la noción de individuo peligroso en las declaraciones mediáticas de Juan Carlos Blumberg*. Disponible en: http://200.3.120.225/bitstream/handle/2133/5009/trabajo_para_publicaci_n-libro_pid_derecho.pdf?sequence=3&isAllowed=y [enlace verificado el 16 de enero de 2018]; MAIER, "Blumbergstrafrecht", en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2004/B. Disponible en http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/blumberg.pdf [enlace verificado el 1.º de enero de 2018].

un diálogo con las posturas tradicionales de la doctrina, tarea que realizaremos en el próximo apartado.

III. Laclau se suma al debate: ¿Cómo entender el populismo?

Tras haber explicado la noción moderna del populismo penal y qué reacciones ha logrado producir en la doctrina penal contemporánea, me interesa ahora desarrollar el modelo teórico de LACLAU en torno al populismo para luego poder contrastarlo con un caso de estudio práctico y, tras esto, evaluar no solo si el fenómeno descrito por los penalistas puede encuadrarse dentro de la categoría del "populismo", sino también si las críticas vertidas por las escuelas del derecho penal son efectivamente certeras o si por el contrario son infundadas. Para todo esto, y en particular para lograr explicar el concepto de populismo utilizado por LACLAU, considero que debe recurrirse al último modelo desarrollado por el autor en *La razón populista*.[46] Comenzaré, entonces, replicando su esquema para luego explicar en qué consiste cada elemento.[47]



[46] LACLAU, *supra* nota 5.
[47] LACLAU, *supra* nota 5, p. 164.

A través de este esquema, podremos decir que LACLAU identifica los siguientes elementos en la lógica populista:

- Frontera antagónica Pueblo/Régimen que Reprime las demandas (por sus siglas RR)

- Demandas populares (por sus siglas DP), que son aquellas demandas que no pudieron ser suplidas por la institución o Estado encargado de hacerlo. Estas demandas, a su vez, se encuentran compuestas por los siguientes elementos:

- Lógicas de la diferencia (por sus siglas LD), que son aquellos reclamos subjetivos y particulares de cada uno de los afectados por el régimen y que no tienen nada que ver con el resto de las demandas populares.

- Lógicas de la equivalencia (por sus siglas LE), correspondientes al reclamo que une a todas las demandas populares y permite, precisamente, mediar entre ellas a pesar de sus diferencias particulares y subjetivas.

- Significante vacío y figura del líder. El significante vacío sería aquella imagen acústica —o mejor dicho en términos psicoanalíticos, aquel "punto nodal"— que intenta representar a todas las demandas articuladas en un único reclamo contra el régimen que las reprime. Este significante siempre está tendencialmente vacío y nunca puede representar el todo, pero articula a todas las demandas populares a través de una que predomina de manera hegemónica sobre el resto y es, a su vez, simbolizada a través de la figura de un líder.[48] BIGLIERI y PERELLÓ lo definen como "el significante o elemento particular que asume la función estructuralmente 'universal' dentro de un campo discursivo. Es decir, es aquel elemento que permite cierta sutura, cierta fijación siempre

[48] Para una lectura psicoanalítica del enamoramiento de la figura del líder y su representación de los deseos del colectivo, remito al trabajo de Gloria PERELLÓ, psicoanalista y miembro del equipo de trabajo de la Cátedra Libre Ernesto Laclau. PERELLÓ, "La psicología de las masas… de Freud como antecedente del concepto de populismo de Laclau. Una lectura crítica", en *Memorias de las XIII Jornadas de Investigación de la Facultad de Psicología de la UBA y II Encuentro de Investigadores de Psicología del Mercosur, "Paradigmas, métodos y técnicas"*, Buenos Aires, Eudeba, 2006, Tomo III, pp. 459-461.

parcial del juego de las diferencias, de manera que la cadena significante pueda adquirir algún sentido".[49]

Ahora bien, ¿cómo puede ser que un elemento sea el que articule a todos e intente representarlos de manera fallida a través de uno que indefectiblemente hegemoniza sobre el resto? Para entender esto debemos recurrir a otra explicación del psicoanálisis, que tiene que ver justamente con la noción de *sobredeterminación* freudiana a la hora de condensar elementos y mostrarlos de manera vaga y un tanto indeterminada, producto de esta misma articulación.[50] Esta idea de condensar y desplazar elementos, entonces, es lo que le permite a LACLAU explicar correctamente el mecanismo del significante vacío y su relación con la figura del líder que articula las demandas, "[a]sí pues, los significantes vacíos son elementos sobredeterminados, en el sentido de que condensan elementos de cadenas asociativas diversas y anclan —siempre de manera precaria— un cierto sentido. Tenemos entonces que para Laclau y Mouffe toda identidad está siempre sobredeterminada, ya que es efecto de una fijación precaria a partir de la constitución de puntos nodales o significantes vacíos".[51]

Por otra parte, en torno a la figura del líder, debemos comprender como señalamos en la introducción el hecho de que para LACLAU aquel no se erigió como un mero déspota puesto en la figura de una elite, sino que, por el contrario, comparte un lazo libidinal con la masa que lo une. Solo si coincide con las demandas de la masa (es decir, si es un par más del grupo), este podrá ser reconocido como tal y simbolizar aquel significante vacío. Hay en efecto, un lazo de identificación mutuo, entre todos los miembros del grupo y "[t]anto más exitosa será la identificación cuanto más significativa sea esa comunidad con la otra persona".[52]

Tras haber desarrollado este esquema teórico del populismo, me interesa ahora retomar el caso Blumberg mencionado en el apartado anterior para evaluar si efectivamente el populismo penal puede encuadrarse dentro de este modelo conceptual y si acaso las críticas formuladas por FERRAJOLI y GARGARELLA al populismo son coincidentes con lo descrito por LACLAU.

---

[49] BIGLIERI y PERELLÓ, *Los usos del psicoanálisis en la teoría de la hegemonía de Ernesto Laclau*, Buenos Aires, Grama Ediciones, 2012, p. 30.
[50] FREUD, "El trabajo del sueño", en ÍDEM, *Obras Completas*, vol. IV, Buenos Aires, Amorrortu, 1979, pp. 285-315.
[51] BIGLIERI y PERELLÓ, *supra* nota 49, pp. 30-31.
[52] BIGLIERI y PERELLÓ, *supra* nota 49, p. 66.

En este caso, evidentemente hay una frontera antagónica entre el "pueblo" y aquel régimen o institución que reprime sus demandas. Ya mencionamos previamente el hecho de que todo experto en materia de seguridad, funcionario público elegido democráticamente o los propios magistrados pueden convertirse en los "enemigos" o "victimarios" a la par de los delincuentes ante su inacción por los reclamos sobre la inseguridad.[53] Como *demandas populares*, nos encontramos con una serie de demandas en reclamo de "seguridad" que claramente no pudieron ser suplidas por el Estado y fue lo que dio pie a su articulación de manera antagónica.

El problema a la hora de seguir evaluando si el concepto doctrinario cumple con nuestros estándares, es observar qué hay detrás de las lógicas de la equivalencia y diferencia que une a cada una de las demandas a través del significante vacío. En el ejemplo que estamos trabajando, el significante vacío que une a las demandas es claramente la "seguridad" y el líder que ha sabido articular de manera hegemónica dichas demandas fue claramente Juan Carlos Blumberg. Pero si vemos cada una de las lógicas que componen las demandas, notaremos que si bien la lógica de la equivalencia que une a todas es el reclamo por mayor seguridad, cada lógica diferencial estará compuesta por contenidos ideológicos de diversa índole. Esto es obvio tras haber explicado en qué consisten estas lógicas de la diferencia, pero no tan obvio si vemos cómo fue la unión de las demandas.

Blumberg supo articular de manera hegemónica su demanda popular, que si bien tenía en común con el resto de las demandas un reclamo por mayor seguridad (significante vacío), su lógica era claramente un aumento en las penas y en las políticas de ley y orden, que supo imponer sobre el resto de las demandas a la hora de definir el significante vacío de la "seguridad".[54] El resto de las demandas por su parte habrán tenido un contenido de lo más diverso: desde un mayor número de efectivos policiales a altas horas de la noche, hasta la depuración de las cúpulas corruptas de las fuerzas de seguridad o la disminución de la corrupción en funcionarios públicos.

Una vez entendido esto, veremos que lo que la doctrina denomina populismo penal es efectivamente populismo, pero con una notoria diferencia. En particular, la descripción de las políticas de ley y orden y tolerancia cero son un componente ideológico de ese populismo. Hasta

[53] CALZADO, *supra* nota 40.

[54] Esto puede observarse con mayor claridad en torno al petitorio que elevó Blumberg al Congreso sobre las reformas legislativas que deseaba implementar: tal como mencionamos en el apartado anterior, algunos legisladores denunciaban que la gente apoyaba el petitorio sin siquiera saber qué estaba firmando.

ahora se ha descripto al populismo como una forma de hacer política por medio de la articulación de demandas, pero sin hacer mención de algún tipo de contenido ideológico particular. En cambio, parecería que lo que ha condenado ideológicamente parte de la doctrina[55] no es el populismo a secas, o el populismo penal en particular, sino un populismo penal de derecha, por su fuerte contenido ideológico reaccionario y excluyente.[56]

IV. Hacia un nuevo punto de partida

A partir de esta explicación preliminar, podremos ahora refundar el concepto de populismo penal a través de las últimas contribuciones de la teoría política. Para esto, uniremos el concepto de populismo, que como explicamos antes es una articulación de demandas no suplidas institucionalmente que chocan contra un régimen que las reprime, con el concepto de lo penal, que hace alusión por supuesto a la materia en la cual estamos trabajando. Entonces, por medio de la unión de ambos conceptos, comenzaremos a entender que en realidad *el populismo penal es una articulación de demandas en materia penal no suplidas institucionalmente que chocan contra un régimen que las reprime*. Esta será nuestra nueva definición a secas, renunciando a todo tipo de contenido ideológico en alusión a conductas demagógicas o vulneradoras de derechos de minorías indefensas.

Tras haber aclarado esta cuestión, me interesa ahora continuar el debate en torno a la visión peyorativa sostenida por FERRAJOLI sobre el término. Es probable que luego de desarrollar este esquema conceptual, la principal crítica o inquietud que surja de quienes ven un exceso democrático en toda formación populista, sea el hecho de que las descripciones aquí realizadas operan en un mero plano del *deber ser*, mientras que en la cotidianidad los reclamos en materia de seguridad siguen realizándose en torno a este tipo de políticas punitivas; con lo cual, su modelo judicial de defensa de las garantías ciudadanas seguiría plenamente operativo y descartará así todo intento de reformulación teórica del concepto.

Sobre el punto, es aquí donde responderé que en realidad el significante vacío que une las demandas en materia penal (que es la seguridad) es a su vez un *significante flotante*.[57] Significante flotante es aquel "punto nodal" completamente indeterminado y abierto que puede ser suplido de

[55] Para nuestras referencias cercanas, hacemos alusión a la postura de FERRAJOLI sobre el punto.
[56] Sobre una clasificación más extensa del contenido ideológico de los populismos de derecha, me remito nuevamente a MOUFFE, *supra* nota 10.
[57] LACLAU, *supra* nota 5, pp. 165-174.

las más diversas formas posibles a la hora de instaurar el sentido común. Cuestiones de este tipo pueden ser la "justicia", la "dignidad", la "transparencia" y, en el caso que nos compete, la seguridad.

En torno a la utilidad de esta noción de la seguridad como un significante flotante, podemos decir que LACLAU ha explicado en reiteradas oportunidades que algunas de las formas posibles de desarticular un movimiento populista pueden ser o bien suplir de manera individual aquellas demandas que no fueron contestadas en su debido momento por el Estado o institución que las reprime,[58] o desarrollar otra corriente populista de contenido ideológico opuesto, que pueda cambiar el sentido del significante flotante en cuestión y así atraer demandas que previamente estaban con aquel movimiento.[59]

Esto nos demuestra entre otras cosas que no hay una única forma de desarticular un populismo penal de derecha y, a su vez, nos revela la capacidad humanitaria de la misma población de renunciar a los discursos de odio o las conductas demagógicas que en reiteradas oportunidades se le intentan imponer. Esto último es crucial dado que el modelo judicial de frenos y contrapesos sostenido por FERRAJOLI pasa a ser prescindible: a contramano de lo que podría sostener PRATT,[60] es evidente que "el pueblo" es también capaz de salvarse a sí mismo.

Por otra parte, creo que es relativamente evidente el hecho de que, si tuviésemos que combatir un populismo penal de derecha bajo esta lógica, suplir las demandas de manera individual podría ser un peligro para el propio Estado, ya que implicaría cumplir determinados pedidos cuando menos polémicos como la pena de muerte, mayor aumento en el armamento de las fuerzas de seguridad, o aplicar penas excesivas y desproporcionadas. Así que lo pertinente (si es que deseamos una participación popular más allá del accionar judicial) será que comencemos a evaluar la otra propuesta, esto es, la de *un duelo de populismos penales*.

Cambiar el sentido de lo que se entiende por "seguridad" es todo un desafío, ya que implica, entre otras cosas, combatir muchas de las demandas creadas por los medios masivos de

[58] Un claro ejemplo de esto podría ser la mayor partida presupuestaria a comienzos del año 2016 hacia las universidades públicas argentinas, lo que evitó que esas demandas fueran a agruparse con el resto de los reclamos populistas.
[59] Piénsese, por ejemplo, en las demandas laborales que el fascismo captó de partidos de izquierda.
[60] PRATT, *supra* nota 9.

comunicación.[61] Es por eso que si deseamos evaluar la posibilidad de un populismo penal de izquierda o progresista, la participación ciudadana y la articulación de diversos sectores políticos o académicos será la única vía posible para atraer demandas de un populismo penal de derecha y lograr así desarticularlo sin poner en riesgo el propio Estado de derecho.

Sin embargo, antes de detenerme en un estudio más exhaustivo sobre la posibilidad de un populismo penal progresista como forma de remover el punitivismo de la sociedad (cosa que haremos en el próximo apartado), es preciso terminar de aclarar otra de las posibles objeciones a esta forma de participación ciudadana que podrían esgrimir quienes han criticado al populismo desde propuestas dialógicas como la sostenida por GARGARELLA.

Es claro que, tras haber mostrado en los dos apartados previos sus críticas a la falta de diálogo de los líderes populistas y a su sobredimensión de la opinión pública, lo más probable es que si nos detenemos a examinar esta nueva propuesta de articulación cívica, sus preocupaciones giren en torno al mismo planteo. Es decir, que nos encontramos defendiendo una forma de participación de la ciudadanía cuyas bases residen en elitismo y, por más buenas intenciones que tengamos, seguimos hablando en nombre de las personas sin consultarles verdaderamente qué es lo que desean.

No obstante, esto tampoco se encuentra fundado. En primer lugar, tal como mencionamos brevemente en la introducción de este trabajo, las críticas esbozadas a los políticos que no le consultan a la masa no tienen relación alguna con el esquema teórico del populismo. Por el contrario, las faltas que pueda cometer la persona erigida como representante del "pueblo" o la comunidad lo hacen responsable frente a esta. Ya hemos observado cómo el líder posee su estatus solo si comparte características en común con el resto del colectivo, nucleadas en un conjunto de demandas. Esto nos permite entrever que si este se desvía de los reclamos del grupo, pierde su estatus como tal. "En esta construcción, el pueblo es el sujeto mientras que el líder viene a ocupar el lugar de objeto y, en tanto tal, hace semblante de causa de la construcción política. De este

[61] Cf. *supra* apartado II.1.

modo, es menos maniobrador que maniobrado, se deja manipular pero no pasivamente, es un dejarse que denota actividad".[62]

En segundo lugar, siguiendo la lógica populista de LACLAU, tampoco se encuentra relación entre el funcionario político que aparece en los medios de comunicación promoviendo campañas punitivas con nuestra versión esbozada del populismo penal. Para nuestro entendimiento, el líder solo puede constituirse como tal en el momento que confluyen las demandas del colectivo, no viceversa; pareciera que la crítica a las figuras mediáticas que intenta conseguir un rédito político en su lugar hacen honor al fenómeno BOTTOMS esbozado en los años noventa,[63] pero lejos están estos enlaces mediáticos de coincidir con el populismo descrito en este trabajo.

Por último, si nos centramos en la preocupación quizás más importante de sus posibles objeciones, tampoco se encuentran motivos suficientes para considerar que el populismo no evoca el diálogo y presupone las opiniones de la gente. En efecto, siguiendo nuevamente a PRATT en el tema,[64] las nuevas corrientes generacionales de los populismos penales están lejos de aquel modelo mediático instaurado por BOTTOMS donde el político se presenta ante los medios y toma la cuestión de la seguridad como el eje de su campaña electoral. En su lugar, nos encontramos con una nueva alianza donde es el político quien dialoga con la masa y pacta con esta su futuro político.

En el modelo que estamos trabajando, el lazo libidinal opera como el sello de este pacto: solo si forma parte de las demandas del colectivo, uno de los miembros del grupo puede pasar a erigirse como su conductor y objeto. Si nos detenemos nuevamente en el caso Blumberg utilizado como objeto de estudio, veremos que en efecto el lazo que unía a los representantes con la masa era el sentimiento de la "inseguridad" como propio, "el 'locus del dolor' […] es el que permite generar legitimidad y estructuración no sólo a los reclamos de los familiares sino la identificación inmediata con ellos, con su sufrimiento".[65]

A su vez, es evidente que durante las sesiones legislativas donde se trató el paquete de leyes impulsadas por Blumberg no solo hubo presiones de parte del propio referente, sino que también

[62] MERLIN, "La demanda populista y el líder", en *Studia Politicæ*, n.º 31, primavera-verano 2013/2014, Córdoba, Universidad Católica de Córdoba, p. 47.
[63] BOTTOMS, *supra* nota 17.
[64] *Supra* nota 19.
[65] CALZADO, *supra* nota 40, p. 36.

fueron los propios miembros del colectivo quienes, lejos de las advertencias de desconocimiento de las medidas señalado por algunos legisladores,[66] pudieron mantener un contacto y diálogo fluido con los representantes que se encontraban debatiendo el proyecto en cuestión (las bastardillas son nuestras):

> El debate parlamentario se había tornado un espectáculo cargado de emotividad tanto por las 'víctimas de la inseguridad' que se encontraban en el recinto y '*le hablaban directamente a sus representantes*' *sin mediación* y por la presencia de algunos legisladores que se autocomprendían como 'víctimas de la inseguridad o el delito'. […] El hecho de encontrar 'víctimas de la inseguridad' entre los propios legisladores o conocer a alguien del entorno cercano que haya sido víctima de algún delito violento, generaba un clima de empatía con el Sr. Blumberg y el grupo de 'víctimas' que se encontraban en el auditorio. En este sentido, uno de los ejes centrales del debate fue la noción de que '*hay que sentir la inseguridad como propia*', expresión que utilizó el Senador de la Unión Cívica Radical por la provincia de San Luis, Jorge Agúndez, cuando justificó la necesidad de aumentar las penas para los 'delitos aberrantes'.[67]

Por todo esto, es sumamente perceptible que el diálogo entre ciudadanos y decisores se encuentra presente en toda formación populista, ya que "algo que pertenece al orden del afecto tiene un rol primario en la construcción discursiva de lo social. Freud ya lo sabía: el vínculo social es un vínculo libidinal. Y el afecto […] no es algo agregado a la significación sino consustancial a ella".[68] Piénsese incluso en los resultados positivos que se encontrarían al formarse un lazo libidinal en un populismo penal de izquierda: los legisladores podrían interiorizarse en las problemáticas de los sectores más carenciados de la sociedad y, lejos de "sentir la inseguridad como propia", podrían sentir la selectividad o la criminalización como el *locus* de su vida cotidiana, tal como reclaman, entre otras cuestiones, las propuestas dialógicas defendidas por GARGARELLA.[69]

---

[66] CESARONI, FELDMAN e IRRAZÁBAL, *supra* nota 44.
[67] CESARONI, FELDMAN e IRRAZÁBAL, *supra* nota 44, pp. 16-17.
[68] LACLAU, "Atisbando el futuro", en CRITCHLEY y MARCHART (comps.), *Laclau: aproximaciones críticas a su obra*, Buenos Aires, FCE, 2008, p. 402.
[69] GARGARELLA, *supra* nota 7, pp. 9-27. En este sentido, el autor sostiene que "[e]n nuestras sociedades, [el derecho penal] suele ser creado, interpretado y aplicado por una elite que actúa en el marco de una sociedad

V. Por un modelo progresista de populismo penal: El desafío Blumberg

Llegados a este punto del trabajo, me interesa ahora detallar en mayor profundidad cuál es la diferencia política entre derecha e izquierda y a su vez cómo esta diferenciación puede repercutir en los populismos penales, y luego brindar un ejemplo del modelo defendido en este ensayo y mostrar cómo es posible reivindicar el populismo sin caer en las objeciones que han esgrimido FERRAJOLI y GARGARELLA.

Siguiendo a BOBBIO,[70] podemos decir que la principal diferencia entre ambas corrientes gira en torno a la igualdad. Para quienes se encuentran linderos con una postura de "izquierda" o progresista, su principal preocupación reposa en tratar de unir a los hombres en lo que los hace iguales a pesar de las diferencias sociales o culturales. Por el contrario, quienes se identifican con la "derecha", se interesan en acentuar la desigualdad o la diversidad y separar a quienes no ven como sus pares. "De esta forma pueden llamarse igualitarios quienes, aun sabiendo que los hombres son seres iguales pero diversos, le atribuyen mayor importancia a lo que los une y no a lo que los separa".[71]

Si se traslada esta noción al plano del populismo penal, creo evidente que sus diferencias son lo suficientemente claras. Por un lado, los populismos penales cercanos a una postura de derecha acentúan esta desigualdad en los hombres y lo hacen, por supuesto, a través del medio que tienen a mano, a saber, el derecho penal. Para esta corriente ideológica, entonces, el derecho penal es la herramienta de exclusión por excelencia, dado que con un aumento en el punitivismo podrán

radicalmente desigualitaria. En este tipo de contextos, las personas sobre las que se aplican las normas penales tienden a no reconocerse a sí mismas en el contenido e interpretación de dichas leyes. Si un miembro de un grupo fuertemente desaventajado tuviera la oportunidad de opinar al respecto, sin duda diría que no entiende qué es lo que dice el derecho. Y no lo entiende en un sentido fuerte, porque no sólo no entiende el lenguaje en que se expresa el derecho sino que, si un especialista le traduce su significado, tampoco comprende el porqué de las decisiones tomadas. […] A la luz de los rasgos de violencia, elitismo y discrecionalidad propios de nuestro derecho penal, necesitamos volver a pensar de raíz tales normas. Ellas parecen sólo dirigidas a expresar, reafirmar y reproducir la brutalidad, el elitismo y la discrecionalidad con que fueron concebidas y puestas en práctica. Resulta imprescindible, por tanto, una revisión radical y crítica de los modos en que construimos y ponemos en práctica la normativa penal" (pp. 25-26).

[70] BOBBIO, "Izquierda y derecha", en *Bajo el Volcán*, vol. 4, n.º 7, 2004, pp. 187-190.

[71] BOBBIO, *supra* nota 70, p. 189.

mantener alejados a los sectores sociales que por sus diferencias culturales o económicas no consideran como sus pares y ven preciso su aislamiento en lugar de su inclusión comunitaria.[72]

Por otra parte, teniendo en cuenta que lo que está en juego aquí son las normas penales, los populismos con una ideología de izquierda o progresistas por el contrario ven en el uso de la coerción estatal un mal en sí mismo, ya que su visión social consiste a la inversa en incluir los amplios y vastos sectores sociales relegados de la comunidad, que en su mayoría, si se tienen en cuenta las estadísticas de selectividad del sistema,[73] pertenecen a los porcentajes más carenciados de la población a diferencia de la composición social de su par de derecha.[74]

Con esta concepción del populismo penal demostramos que las dos principales objeciones que se le han vertido desde ambas escuelas del derecho penal a su forma de hacer política son infundadas, o al menos en la medida en que no se tenga en cuenta la tendencia ideológica de este movimiento. En primer lugar, si bien es cierto que el populismo presenta una frontera antagónica donde se observa un conflicto, no se ven motivos suficientes para entender este movimiento como el necesario corolario de la vulneración de los derechos de minorías en peligro. Por el contrario, los populismos penales de izquierda solo poseen una frontera antagónica que, lejos de reclamar la exclusión comunitaria de los sectores más vulnerables de la sociedad, le exigen al Estado y a sus

[72] Así, PEGORARO sostiene que "la Derecha tiene el problema de que los 'produce' con sus políticas neoliberales y le resulta insoportable la presencia de los 'éstos' en la vida de relación; estos 'sucios, feos y malos' que molestan a la sociedad con el sólo existir y estar presentes en lugares que supuestamente son territorios o espacios que sólo deberían transitar los 'incluidos'. Por ello, la necesidad de establecer barreras sociales, territoriales y físicas, barreras que sólo son eficientes cuando se cierra tras ellos el portón de sus confortables guetos, los countries y barrios cerrados. Pero en el trayecto al trabajo o en sus salidas de diversión, en sus viajes a colegios o universidades, en sus paseos, la presencia 'hostil y desagradable' de los pobres en los espacios públicos es para ellos una vivencia amenazante de convertirse en agresión material" (PEGORARO, "La política penal de la defensa social", en GUTIÉRREZ (comp.), *Populismo punitivo y justicia expresiva*, Buenos Aires, Fabián di Placido Editor, 2011, p. 30).

[73] Al respecto, en Argentina el Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución de la Pena (SNEEP) refleja en el año 2015 una población penitenciaria en su mayoría compuesta por gente que tan solo posee educación primaria o no pudo finalizar sus estudios secundarios y, a su vez, se encontraba desocupada o tenía trabajos informales al momento de su detención. Para mayor información me remito a SNEEP, *Informe Anual 2015*. Disponible en: http://www.jus.gob.ar/media/3191517/informe_sneep_argentina_2015.pdf [enlace verificado el 25 de mayo de 2018].

[74] BEADE, *supra* nota 20.

funcionarios públicos el desistimiento de la criminalización y vulneración de estos mismos sectores sociales.

En segundo lugar, haciendo alusión al reclamo más importante proveniente de GARGARELLA,[75] tampoco se encuentran fundamentos para considerar que todo populismo penal necesariamente excluya de la discusión a estos miembros de la población a la hora de la creación de las normas penales. En su lugar, es posible constatar que los populismos penales de izquierda buscan darles voz a quienes nunca la han tenido en la toma de decisiones democráticas. Lo que se busca en esta lógica política es lo que LACLAU ha denominado como un *plebs que demanda ser un populus*: son los menos privilegiados de la sociedad los que, a través del populismo, demandan ocupar los espacios que han tenido históricamente las elites, ya sea desde cargos públicos, académicos o en los espacios propios de los miembros más pudientes de la comunidad.

Asimismo, creo que la mejor manera de ilustrar lo dicho hasta ahora será retomar lo mencionado en el apartado anterior con relación a la "seguridad" como un *significante flotante* y su capacidad de ser articulada con otras demandas no punitivas que disputen la hegemonía del significado. Como dijimos en aquel momento, el populismo penal consiste en una articulación de demandas populares en materia penal contra un régimen o institución que las reprime. Estas demandas pueden tener un contenido ideológico de lo más diverso, y es lo que permite cambiar el significante del término "seguridad" en la disputa entre fuerzas políticas.

Para sorpresa de muchos, puede decirse que uno de los populismos penales progresistas generados recientemente fue la campaña "No a la baja en la edad de imputabilidad en la Argentina".[76] Dicho movimiento supo articular diversos sectores sociales y políticos en torno a demandas plurales y diversas en materia de seguridad que no daban lugar a políticas punitivas. Entre ellas había demandas de no criminalización de la protesta social, mayor control sobre el accionar de las propias fuerzas de seguridad, disminución de la corrupción, derecho a la educación, a una vivienda digna, proyectos inclusivos en materia de juventud y demás. Y todo esto, por supuesto, contra un régimen que las reprimía y no cumplía con su deber, que en este

[75] *Supra* nota 7.

[76] Sobre este tema, remito al sitio oficial de UNICEF Argentina en torno a la problemática de encarcelar a los jóvenes desde una edad temprana: UNICEF, *Hay alternativas. Disponible en:* http://www.hayalternativas.org.ar/index.html [enlace verificado el 25 de mayo de 2018].

caso era el Estado argentino, cuya única propuesta era un encarcelamiento más temprano de los jóvenes.

Es interesante cómo este movimiento supo jugar en la arena política con el uso de los significantes flotantes. De hecho, uno de sus lemas de campaña fue precisamente "Para vos, ¿qué es la seguridad?".[77] Movimientos de este tipo son los que consideramos necesarios para una disputa hegemónica, ya que en el momento en el que haya un intento mediático o político de captar o crear necesidades en la gente relacionado con políticas punitivas en materia de "seguridad", los populismos penales progresistas pueden ser una contra-embestida interesante. Así, estos movimientos captarían demandas de la sociedad, podrían plantearlas en la agenda pública, contrarrestarían el efecto vulnerador de los populismos penales de derecha y les darían voz a los sectores sociales que históricamente no han podido tenerla.

Indudablemente, esto refleja que el populismo penal puede ser reivindicado: si obviamos cuestiones circunstanciales como la falta de un liderazgo claro en este movimiento o la determinación por tomar la agenda pública, vemos que es posible encontrar una articulación social con un fuerte componente anti *statu quo* que, lejos de vulnerar derechos y garantías de los individuos o moverse en un plano demagógico donde se excluye del diálogo a los sectores más vulnerables de la población, puede por el contrario reclamar su inclusión en los debates así como también exigir derechos de los cuales han sido históricamente relegados.

Finalmente me interesa reanudar dos cuestiones que si bien fueron mencionadas en el apartado anterior, tras haber dado un mejor desarrollo de este populismo penal de izquierda o progresista, podrán entenderse con mayor facilidad. Primeramente, expresamos en la sección III la crucial necesidad de una mayor participación cívica en este tipo de movimientos, ya sea desde simples ciudadanos hasta tecnócratas expertos en la materia, dado que en el plano articulatorio la amplitud de demandas puede permitir que sea más fácil captarlas del populismo de derecha que tenga enfrente. Acto seguido, mencionamos la interrelación entre el lazo libidinal que une a los

[77] Dentro de los medios de comunicación partidarios que lo retrataron, me remito a Instituto de Estudios sobre Estado y Participación (ATE), *¿Qué es para vos la seguridad? Campaña nacional NO a la baja*. Disponible en: http://idepba.com.ar/que-es-para-vos-la-seguridad-campana-nacional-no-a-la-bajaq/ [enlace verificado el 25 de mayo de 2018].

miembros de la masa y el diálogo que estos entablan mediante este con sus representantes, a tal punto que en el caso Blumberg, por ejemplo, se habló de "sentir la inseguridad como propia".[78]

Ambas cuestiones, creo yo, tienen un valor especial en un populismo penal de izquierda: en el caso que estamos tratando, la mayor articulación de sectores sociales no solo permitiría mantener vivo el reclamo en contra de las políticas del Estado, sino que también lograría ejercer un vínculo mayor entre los representantes electos y los ciudadanos movilizados.

Si la campaña "No a la baja" efectivamente lograse este mayor acercamiento, no hay duda de que el lazo libidinal forjado comunitariamente no giraría en torno al sentimiento del "menor delincuente" como el "enemigo" a aislar, sino que, por el contrario, su percepción social sería verlo como un sujeto de derechos al cual el Estado le debe un trato digno.

VI. Algunas conclusiones

A lo largo de este ensayo nos hemos propuesto tratar varias cuestiones; ya desde la introducción, nuestra meta consistió en reivindicar el concepto del populismo penal a través de la teoría política de Ernesto LACLAU. Para ello, hemos observado no solo una reconstrucción robusta del concepto, sino también las falencias en las cuales desembocaban las críticas de la doctrina contemporánea a la hora de analizar el fenómeno.

En relación con esto último, el modelo teórico de LACLAU nos ha permitido definir determinadas cuestiones de las que el concepto ordinario del populismo penal carecía rotundamente: a) por un lado, hemos visto que el populismo no se encuentra exento de una distinción entre izquierda y derecha al igual que cualquier otro fenómeno político, y esto ha sido crucial dado que permitió observar que el uso ciudadano que se le dé al poder punitivo variará rotundamente; b) por otro lado, lejos de lo anterior, pudimos comprender que la composición articulatoria presente en toda lógica populista en conexión con el lazo libidinal que une a la masa con el líder, hace que este no solo se mantenga en constante comunicación con el colectivo, sino que también lo hace responsable por sus actos frente a la comunidad.

Ambas cuestiones fueron, a mi juicio, las que nos han permitido presentar una forma de entender el populismo penal donde este sea reivindicado. Su vertiente de izquierda, del mismo

[78] CESARONI, FELDMAN e IRRAZÁBAL, *supra* nota 44.

modo en que se encarga de proteger a los sectores más vulnerables del sistema, permite su inclusión a la hora de la discusión de las normas penales.

Asimismo, es evidente que durante toda la trama trazada en los cuatro apartados previos no se encuentran motivos para creer que la visión defendida del populismo penal sea excluyente de otras propuestas doctrinarias. En este sentido, puede decirse que si obviáramos las cuestiones del componente anti *statu quo* y los liderazgos presentes en los populismos, arribamos a un puerto muy parecido al defendido por GARGARELLA, teniendo en cuenta entre otras cosas que ambas propuestas buscan una mayor participación ciudadana sin que esto implique indefectiblemente violencia o neopunitivismo.

Después de todo, el populismo penal puede ser entendido como una tercera vía entre el garantismo judicial y el comunitarismo deliberativo, ya que en la medida en que el Estado no satisfaga demandas sociales, dicho fenómeno siempre estará presente.

VII. Bibliografía

ALTHUSSER, Louis, *La revolución teórica de Marx*, Me□xico, Siglo Veintiuno Editores, 2004.

BARTHES, Roland, *Mitologías*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2008.

BEADE, Gustavo, "El populismo penal y el derecho penal todoterreno en la Argentina", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 90, vol. 31, pp. 55-70. Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina32093.pdf [enlace verificado el 22 de marzo de 2017]

BERGOGLIO, María, AMIETTA, Santiago y VIQUEIRA, Sebastián, "La dureza del castigo penal según legos y letrados - análisis de la experiencia de juicio con jurados en Córdoba, Argentina", en *XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología*, Buenos Aires, Asociación Latinoamericana de Sociología, 2009.

BIGLIERI, Paula, "El concepto de populismo: un marco teórico", en BIGLIERI, Paula y PERELLÓ, Gloria (comps.), *En el nombre del pueblo: la emergencia del populismo kirchnerista*, Buenos Aires, UNSAM Edita, 2007, pp. 15-53.

BIGLIERI, Paula y PERELLÓ, Gloria, *Los usos del psicoanálisis en la teoría de la hegemonía de Ernesto Laclau*, Buenos Aires, Grama Ediciones, 2012.

BOBBIO, Norberto, "Izquierda y derecha", en *Bajo el Volcán*, vol. 4, n.º 7, México, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2004, pp. 187-190.

BOTTOMS, Anthony, "The philosophy and politics of punishment and sentencing", en CLARKSON, Chris y MORGAN, Rod (eds.), *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 17-50.

CALZADO, Mercedes, *Elementos para el análisis del tratamiento mediático del caso Blumberg*, disponible en:
http://legacy.flacso.org.ar/uploaded_files/Publicaciones/Antropologia_Mercedes.Calzado.Doc.Nro5.pdf [enlace verificado el 16 de enero de 2018]

CALZADO, Mercedes y VAN DEN DOOREN, Sebastián, "¿Leyes Blumberg? Reclamos sociales de seguridad y reformas penales", en *Delito y Sociedad*, vol. 1, n.º 27, 2009, pp. 97-113.

CESARONI, Claudia, FELDMAN, Denise e IRRAZÁBAL, Gabriela, *Reflexiones en torno a los 10 años de las "leyes blumberg"*, Temperley, Tren en Movimiento Ediciones, 2014, disponible en:

https://www.aacademica.org/gabriela.irrazabal/18.pdf [enlace verificado el 1.º de enero de 2018]

DUFF, Antony y GREEN, Stuart, *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

FERRAJOLI, Luigi, "El derecho penal mínimo", en BUSTOS RAMIREZ, Juan (dir.), *Prevención y teoría de la pena*, Santiago, Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 1995, pp. 25-48.

— *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2010.

— *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011.

FREUD, Sigmund, "Introducción del narcisismo", en ÉL MISMO, *Obras Completas Vol. XIV*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1976, pp. 65 – 98.

— "El trabajo del sueño", en ÉL MISMO, *capítulo VI de La interpretación de los sueños, Vol. IV de las Obras Completas*, Buenos Aires, Amorrortu, 1979, pp. 285-315.

— "Psicología de las masas y análisis del yo", en EL MISMO, *Obras Completas Vol. XVIII*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1998, pp. 63-136.

FRONTALINI REKERS, Romina, *Populismo y castigo penal*. Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/10/doctrina34815.pdf [enlace verificado el 22 de marzo de 2017]

GARGARELLA, Roberto, *Castigar al prójimo. Por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2016.

GÓMEZ, Andrés y PROAÑO, Fernanda, "Entrevista a Máximo Sozzo: '¿Que es el populismo penal?'", en *Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, Quito, FLACSO, 2012, n.º 11, pp. 117-122.

GUTIÉRREZ, Mariano (comp.), *Populismo punitivo y justicia expresiva*, Buenos Aires, Fabián di Placido Editor, 2011.

HABERMAS, Jürgen, "Further Reflections on the Public Sphere", en CALHOUN, Craig (ed.), *Habermas and the Public Sphere*, Massachusetts, The MIT Press, 1996, pp. 421-457.

— *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Madrid, Cátedra, 1997.

HOGG, Russell, "Punishment and 'the People': Rescuing Populism from its Critics", en AA.VV, *Crime, Justice and Social Democracy. International Perspectives*, Hampshire, Palgrave Macmillan, 2013, pp. 105-119.

LACAN, Jacques, "El estadio del espejo como formador de la función del yo [je] tal como se nos revela en la experiencia psicoanalítica", en ÍDEM, *Escritos*, t. I, México, Siglo Veintiuno Editores, 1985, pp. 86-93.

LACLAU, Ernesto, *Política e ideología en la teoría marxista. Capitalismo, fascismo, populismo*, Madrid, Siglo Veintiuno Editores España, 1978.

— "¿Por qué los significantes vacíos son importantes para la política?", en ÍDEM, *Emancipación y diferencia*, Buenos Aires, Ariel, 1996, pp. 69-86.

— *La razón populista*, Buenos Aires, Fondo De Cultura Económica, 2005.

— "Atisbando el futuro", en CRITCHLEY, Simon y MARCHART, Oliver (Comps.), *Laclau: aproximaciones críticas a su obra*, Buenos Aires, FCE, 2008, pp. 347- 404.

— "Sobre los nombres de Dios", en ÍDEM, *Los fundamentos retóricos de la sociedad*, Buenos Aires, FCE, 2014, pp. 51-67.

LACLAU, Ernesto y MOUFFE, Chantal, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Madrid, Siglo Veintiuno Editores, 1987.

LOZADA, Martín, *Acerca del populismo penal*. Disponible en: https://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-176170-2011-09-06.html [enlace verificado el 22 de marzo de 2017]

MAIER, Julio B. J., "Blumbergstrafrecht", en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2004/B. Disponible en: http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/blumberg.pdf [enlace verificado el 1.º de enero de 2018]

MANCHADO, Mauricio, *Sujetos estigmatizados y discursividad en torno a la noción de individuo peligroso en las declaraciones mediáticas de Juan Carlos Blumberg*, disponible en: http://200.3.120.225/bitstream/handle/2133/5009/trabajo_para_publicaci_n-libro_pid_derecho.pdf?sequence=3&isAllowed=y [enlace verificado el 16 de enero de 2018]

MARTI□NEZ, Fabiana, *La disputa de sentido sobre los ciudadanos y los otros. El discurso de los medios gráficos en torno al caso Blumberg*, disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2488097.pdf [enlace verificado el 16 de enero de 2018]

MERLIN, Nora, "La demanda populista y el líder", en *Studia Politicæ*, n.º 31, primavera-verano 2013/2014, Córdoba, Universidad Católica de Córdoba, pp. 41-52.

NINO, Carlos S., *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

— *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.

PANIZZA, Francisco (comp.), *El populismo como espejo de la democracia*, Buenos Aires, Fondo De Cultura Económica, 2009.

PRATS, Jorge E., *Los peligros del populismo penal*, Santo Domingo, Finjus, 2008.

PRATT, John, *Penal populism*, Abingdon, Routledge, 2007.

PETTIT, Philip, "Depoliticizing Democracy", en *Ratio Juris*, n.º 1, vol. 17, 2004, pp. 52-65.

SAUSSURE, Ferdinand, *Curso de lingüística general*, Buenos Aires, Losada, 2007.

SOLANAS, Fernando y GETINO, Octavio, "Entrevista a Juan Domingo Perón", en *Revista Crisis*, Buenos Aires, 1974. Disponible en: https://www.elhistoriador.com.ar/entrevistas/p/peron_crisis.php [enlace verificado el 1.º de enero de 2018]

ZAFFARONI, Raúl E., *La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar*, Buenos Aires, Ediar, 2011.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 6, pp. 188-204

Traducciones

OBSERVACIONES NO ORTODOXAS SOBRE EL TIPO OBJETIVO DE LAS COACCIONES* **

Prof. Dr. Dr. *h.c.* mult. Günther JAKOBS (em.)

Fecha de recepción: 22 de abril de 2018
Fecha de aprobación: 24 de mayo de 2018

Quien lea el siguiente artículo tal vez tenga dudas al comienzo, pues se lo invita a enfrentar los dogmas de la doctrina tradicional[1] con la propia razón. Es decir, con impulso iluminista.[2] Quien solo desee practicar la asignatura Derecho puede interrumpir la lectura aquí. En cambio, sea alentado a continuar leyendo quien tenga la esperanza de que junto a la mera información sobre las teorías tradicionales y sus adornos también se puede practicar la ciencia jurídica. Podrá estar de acuerdo o no con las explicaciones: al menos habrá buscado lo racional junto con el autor de este trabajo.

* Traducción del alemán de José R. Béguelin (Universidad de Buenos Aires). Originalmente publicado en la revista JuS (Juristische Schulung), fascículo 2/2017, pp. 97-102, con el título "Unorthodoxe Bemerkungen zum objektiven Tatbestand der Nötigung". Se ha decidido mantener, en la medida de lo posible, el estilo de citas original.

** La versión española de este artículo está dedicada al Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro (Universidad Autónoma de Madrid) y se publica en paralelo en "Estudios de Derecho Penal. Libro Homenaje a Agustín Jorge Barreiro".

[1] La más reciente —y muy profunda— presentación de las teorías defendidas sobre la coacción se halla en LK-*Altvater* (Laufhütte *et al.* [comps.], Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, t. 7/2, 12.ª ed., 2015), § 240, n.º m. 7–75. Más detalladamente sobre el punto de vista "no ortodoxo" defendido aquí, *Jakobs*, Nötigung. Darstellung der gemeinsamen Wurzel aller Delikte gegen die Person, 2015, p. 14 ss., con más referencias en p. 47, nota 4.

[2] *Kant*, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung, obra en seis tomos (edición Weischedel), t. VI, 1964, p. 53 ss.

I. Compendio de la historia del tipo de las coacciones

El derecho está unido a la facultad de coerción;[3] según esto, una sociedad normativamente (jurídicamente) estructurada siempre desarrolla coerción estructural. Frente a esta situación, un delito de coacciones no puede abarcar *toda* coerción contra una persona, sino, en todo caso, la coerción contraria a derecho. Que en caso necesario la observancia de las reglas de tránsito se logre por la fuerza, que, dado el caso, se pueda imponer forzosamente que el desarrollo de los negocios sea según el Código Civil, el Código Comercial y otras leyes, incluidas las tributarias, que en el matrimonio se pueda instar al otro a cumplir con sus deberes básicos bajo amenaza de revocar el vínculo, que un empleador pueda amenazar a su empleado con despedirlo para que cumpla sus deberes, etc., todo esto, por cierto, es coerción, pero es la coerción estructural e inmanente de un ordenamiento jurídico establecido. En tales supuestos, el efecto coercitivo no está *justificado* acaso por el ordenamiento jurídico (es decir, no es una restricción *excepcional* de una libertad en sí existente), antes bien, es el caso normal en un ordenamiento jurídico establecido que, comoquiera que sea, no conoce una libertad ilimitada.

Frente a esta situación, no sorprende que históricamente, al comienzo, solo la coerción inequívocamente ilícita fuera alcanzada por el derecho penal, como p. ej. la violación, el calabozo privado, el robo. Alrededor de 1800 se desarrolló, "mediante el trabajo previo de los filósofos"[4], o sea, como efecto de la filosofía de la Ilustración, en especial en virtud de su giro contra las libertades *estamentales* y a favor de la libertad *general* burguesa, la necesidad de una protección amplia de la libertad frente a la coerción ilícita.[5] Esta necesidad no era fácil de satisfacer, dado que, en razón de la coerción inmanente a toda sociedad normativamente estructurada, no *toda* coerción puede prohibirse y que, además, de la coerción no cubierta por el derecho se deben

[3] *Kant*, Die Metaphysik der Sitten. Erster Theil, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 2.ª ed., Werke (nota 2), t. 4, 1963, p. 303 ss., 338 s. (Introducción § D). El concepto de derecho de *Kant* tiene como contenido el aseguramiento de iguales libertades de las personas, es decir, es más que una función *de toda* coerción —pero esto no tiene importancia decisiva aquí—.

[4] *Tittmann*, Beiträge zu der Lehre von den Verbrechen gegen die Freiheit insbesondere von dem Menschenraube und der Entführung, 1806, introducción.

[5] Respecto de los condicionamientos sociales del tipo penal de las coacciones, *Timpe*, Ist die Nötigung ein Delikt gegen die Freiheit?, en: *ídem*, Beiträge zum Strafrecht, 2014, p. 145 ss.

filtrar los casos merecedores de pena. Los intentos de solución se centraron en medios típicos drásticamente antijurídicos: la violencia y la amenaza de cometer un crimen o un delito.[6]

Ambos medios típicos son mencionados —por la *primera* vía, dentro de dos vías posibles— en las leyes penales de los *Länder*, que tuvieron que ser dictadas tras el fin del Imperio Alemán (1806) porque el derecho penal imperial, es decir, la *Consitutio Criminalis Carolina* de 1532, perdió vigencia con el fin del Imperio. Si bien el Código Penal Prusiano de 1851[7] menciona como medio típico de las coacciones contra un órgano legislativo la "violencia o… la amenaza de perpetrar un crimen o un delito" (§ 83 del Código Penal Prusiano), sorprendentemente en el tipo básico de las coacciones solo menciona la amenaza (§ 212 del Código Penal Prusiano). Ya en su época esto fue recibido críticamente,[8] dado que con esa restricción la violencia, p. ej. a través del maltrato físico, podía ser castigada, por cierto, como lesiones físicas o como delito *especial* de coacciones que anuncian violencia,[9] pero no como un hecho del tipo *básico* de coacciones.[10]

La segunda vía se desarrolla sobre el derecho romano —el cual aun después de la disolución del Imperio siguió vigente como derecho común—, que sí conocía el *crimen vis*.[11] La prohibición

[6] Respecto de la historia, *Schaffstein*, Vom Crimen vis zur Nötigung, en: Warda *et al.* (comps.), Festschrift für Richard Lange, 1976, p. 983 ss.; *Fabricius*, Die Formulierungsgeschichte des § 240 StGB. Untersuchungen zur Entstehung und Entwicklung des Nötigungstatbestands, 1991; *Hruschka*, Die Nötigung im System des Strafrechts, JZ 1995, p. 737 ss.

[7] Reproducción de las citadas leyes en *Buschmann*, Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit. Die klassischen Gesetze, 1998. Un extracto específico sobre coacciones y extorsión se halla en *Jakobs*, Nötigung (nota 1), p. 47 s., nota 5.

[8] *Temme*, Lehrbuch des Preußischen Strafrechts, 1853, § 212 (p. 879 ss.).

[9] Las lesiones físicas como *vis compulsiva* pueden ser catalogadas como un anuncio de otras lesiones de la amenaza.

[10] La Ley común general de los Estados Prusianos (ALR) de 1794 (Parte II, Título 20, § 1077) menciona la violencia como medio para (1) detener y (2) encerrar y, por lo demás, (3) en general para coaccionar a alguien a hacer "algo en contra de su voluntad"; es muy difundida la referencia de la violencia también a la tercera acción típica, pero "coaccionar contra la voluntad a algo con violencia" sería una formulación cuando menos extraña, con la consecuencia, también extraña, de que en la Ley común general de los Estados Prusianos (ALR) *solo* la violencia sería un medio típico y, luego, en el Código Penal Prusiano súbitamente *solo* lo sería la amenaza.

[11] La fuente del *crimen vis* está en D. 48. 6, 7. Al respecto, *Köstlin*, System des deutschen Strafrechts, Sección II, Abhandlungen aus dem Strafrechte, compilado por Geßler, 1858, p. 417 ss.; *Mommsen*, Römisches Strafrecht, 1899, p. 784 ss.

de la *vis* sirve a la seguridad pública;[12] dicho coloquialmente, se trata de una prohibición de "alborotos" que perturban la seguridad: presencia ostensiblemente armada en lugares públicos, disturbios, perturbación de un sepelio, riñas. No, obstante, la doctrina de la época del *crimen vis*, en la cual se destacan especialmente los escritos del penalista *Wächter*, de Tubinga,[13] enderezó el *crimen vis* hacia la protección individual, que era sugerida por el espíritu de esos tiempos, y esto tuvo la ventaja de poder emitir una prohibición de las coacciones como derecho penal que ya estaba vigente. Esta vía condujo al entendimiento, hasta ahora no superado, de considerar la violencia como un emprendimiento con fuerza dirigido contra el cuerpo de la víctima; esto será tratado más adelante (*infra* II.).

El "alboroto" es indicio de la antijuridicidad de la conducta tanto como lo es la amenaza de cometer un delito y, así, ambos medios típicos son combinados —como ya lo estaban antes en algunas leyes de los *Länder*— en el Código Penal de la Confederación Alemana del Norte (1870) y a continuación en el Código Penal del Reich (1871) (en ambos casos se trata del § 240). Por su traslado puramente jurisprudencial-conceptual desde el ámbito de la seguridad pública hacia el contexto diferente de la protección individual, el empleo del concepto de violencia proveniente del *crimen vis* puede ser caracterizado como el pecado original en el desarrollo de una prohibición de las coacciones que proteja indirectamente a las personas. Con el Código Penal de la Confederación Alemana del Norte y el Código Penal del Reich surge el segundo pecado, pues en las coacciones especiales por valores patrimoniales, es decir, en la extorsión, el medio típico "amenaza" ya no se restringe a un crimen o delito que se tiene en miras condicionalmente, sino que antes bien se amplía a la amenaza —sin atributos— (§ 253 del Código Penal de la Confederación Alemana del Norte y del Código Penal del Reich). La razón de la inmensa ampliación de este medio típico son los casos de *chantaje*: la víctima es coaccionada a pagar una compensación bajo la amenaza de hacer pública —¡de manera permitida!— una situación vergonzosa hasta ahora desconocida.

[12] Es así no solo en el *crimen vis publicum*, sino también en el *crimen vis privatum*: el último comprende riesgos menores para la seguridad, pero no sirve a la protección individual, sino antes bien, del mismo modo, a la *securitas publica*; *Köstlin*, System (nota 11), p. 425.

[13] *Wächter*, Über das Crimen vis, NArch t. 11, p. 635 ss., 646 s.; *ídem*, Revision der Lehre vom Verbrechen der Gewaltthätigkeit (crimen vis), NArch t. 12, p. 341 ss.; NArch t. 13, p. 1 ss., 195 ss., 374 ss. Tajantemente en contra de *Wächter*: *Köstlin*, System (nota 11), p. 424 s.

¿Por qué esta ampliación de la amenaza es (otro) pecado original? Solo lo es en el contexto de un delito contra la *libertad*; pues el anuncio —incondicional o condicionado— de una conducta *permitida* no restringe la libertad del destinatario; antes bien amplía esa libertad en el caso del anuncio condicionado. Porque la víctima, en vez de tener solo la posibilidad de tolerar la conducta permitida, tiene la alternativa de tolerarla o de ceder y aceptar la condición puesta, y esto es un plus de libertad.[14] En contra de esta obviedad —*sit venia verbo*— hay objeciones frecuentes, como p. ej.: "… la cuestión decisiva para las coacciones no es lo que se puede hacer u omitir, sino con qué se puede amenazar".[15] Cuando se pregunta con más precisión por qué no sería posible amenazar con una conducta permitida, surge enseguida la respuesta: si es que no se puede amenazar con una conducta permitida, entonces la razón de esta prohibición no se halla en la protección de la libertad, sino que debe ser fundada de otra manera.

A los juristas de la primera mitad del siglo XX no se les escapó el problema y hay una gran bibliografía[16] que intenta fundar en dónde ha de buscarse el ilícito; al respecto, se reconoce aisladamente que la amenaza ilimitada no es compatible con las coacciones como delito contra la libertad,[17] especialmente cuando el estímulo para el "acuerdo" proviene de la "víctima".[18] A modo de ejemplo, la víctima por sí misma le ofrece a una persona que sabe de sus "infidelidades" un pago de dinero por su silencio (acaso a cambio de la entrega del material probatorio).

---

[14] *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, 2001, p. 272 ss., 282 ss.; *Lesch*, Die Nötigung als Delikt gegen die Freiheit, en: Rogall *et al.* (comps.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi, 2004, p. 483 ss.; *Jakobs*, Nötigung (nota 1), p. 25 ss., con más referencias en p. 54 s., nota 65.

[15] S/S-*Eser/Eisele* (Eser [redacción general], Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29.ª ed., 2014), § 240, n.º m. 20a; en esencia, la doctrina ampliamente mayoritaria argumenta de tal manera.

[16] *Goldschmidt*, Die Strafbarkeit der widerrechtlichen Nötigung, 1897, p. 3 ss. (amenaza contraria a derecho o finalidad contraria a derecho; falta de conexidad —similar al entendimiento actual de la reprochabilidad—); *Nipperdey*, Grenzlinien der Erpressung durch Drohung, 1917, p. 86 ss. (¿puede obtenerse la ventaja también por vía legal?); *Engelhard*, Das Chantage-Problem im geltenden und künftigen deutschen Strafrecht, 1912, p. 52 (¿está dado "el elemento económico" ya en la "situación"?); *Klee*, Der Erpressungsbegriff auf vertragsrechtlicher Grundlage, 1911, p. 115 (lo que decide es el "efecto psicológico"). La discusión, que en su época fue muy extendida, es resumida por *Frank* —aunque se trata de la delimitación entre derecho y moral—: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18.ª ed., 1931, § 253, nota II. 2.

[17] *Kollmann*, Die Lehre von der Erpressung nach deutschem Recht, 1910, p. 75 (sin embargo, se aparta de las conclusiones).

[18] Esto también es posible en las amenazas que restringen la libertad. A modo de ejemplo, el estudiante débil que es amenazado con una golpiza por el más fuerte de la clase le ofrece, por sí mismo, una tableta de chocolate para que no le pegue; el más fuerte acepta.

La discrepancia entre la extorsión con el amplio medio típico "amenaza" y las coacciones básicas con la más restringida "amenaza con un crimen o un delito" fue superada en 1943, pero, tal como era de esperar en tiempos nacionalsocialistas, no fue a favor de una juridificación del tipo de la extorsión, sino —tercer pecado original— a favor de una versión moralizante de las coacciones básicas:[19] ambos tipos penales (§ 240, ap. 1, y § 253, ap. 1, StGB) contienen como medio típico tanto la "violencia" como la "amenaza con un mal grave" y la antijuridicidad del hecho es vinculada con una contradicción al "sano sentir del pueblo" (en ambos casos en el ap. 2). Esa situación legal sigue vigente aún hoy,[*] y el reemplazo de 1953 de la lesión del "sano sentir del pueblo" por la valoración del hecho como "reprochable" es, antes bien, una modificación marginal.[20]

II. Violencia: del crimen vis al efecto coercitivo

Los tres pecados originales mencionados —(1) ¿concepto de violencia especialmente en un delito contra la persona?; (2) ¿chantaje y conductas similares como parte de un delito contra la

[19] Del mismo modo fue precursora, en 1941, la introducción del elemento del homicidio "por motivos viles", inaceptablemente moralizante, en el § 211, ap. 2, StGB (en un Estado totalitario se confunden derecho y moral); aun después de los tiempos nacionalsocialistas, este elemento no fue entendido de manera jurídica, sino antes bien moralizante, en especial en BGH, t. 3, p. 132 s.: "según una valoración moral general [se halla] en el más bajo nivel". La bibliografía más moderna se esfuerza por una juridificación según la cual el asesinato es entendido como un homicidio sin razones frente a la víctima; al respecto, en detalle, *Müssig*, Mord und Totschlag. Vorüberlegungen zu einem Differenzierungsansatz im Bereich des Tötungsunrechts, 2005, p. 243 ss., 252 ss.; *Grünewald*, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, p. 144 ss., 368 ss.

[*] N. del T.:

§ 240 StGB Coacciones

(1) Quien con violencia o con amenazas de un mal grave coacciona antijurídicamente a otro a actuar, tolerar u omitir, será reprimido con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa.

(2) El hecho es antijurídico cuando el uso de violencia o la amenaza del mal para lograr el fin perseguido deban ser considerados como reprochables.

§ 253 StGB Extorsión

(1) Quien con violencia o con amenazas de un mal grave coacciona antijurídicamente a otro a actuar, tolerar u omitir, y así le irroga un perjuicio al patrimonio del coaccionado o de un tercero para lograr un enriquecimiento ilícito propio o de un tercero, será reprimido con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa.

(2) El hecho es antijurídico cuando el uso de violencia o la amenaza del mal para lograr el fin perseguido deban ser considerados como reprochables.

[20] En 1998, la víctima fue especificada como "persona"; antes decía "otro". Este cambio de nombre excluye innecesariamente las coacciones y extorsiones contra personas jurídicas; al respecto, *Wallau*, Der „Mensch" in §§ 240, 241, 253 StGB und die Verletzung der Rechte juristischer Personen, JR 2000, p. 312 ss.

libertad?; (3) ¿reprochabilidad como concepto jurídico?— impiden hasta hoy una concepción armónica de las coacciones; con todo, el conocimiento de lo que *no es* una concepción armónica abre la puerta para una mejor concepción. Comencemos por el concepto de violencia. Es palpable que hay un número casi indecible de equivalentes funcionales[21] de la fuerza física (de los "alborotos") como menoscabos de la libertad personal;[22] a modo de ejemplo, en vez de retener a la víctima por la fuerza, el autor sin esfuerzos le cierra la cerradura de la habitación en la que se encuentra. No obstante, el Tribunal del Reich[23] decidió que narcotizar en secreto a la víctima (mediante la preparación de un trago) para poder robarle no es violencia (no es un robo): "El derecho alemán vigente, siguiendo el uso habitual del lenguaje, en su desarrollo histórico desde las más antiguas definiciones hasta el presente, entiende por violencia exclusivamente la eliminación —lograda mediante el empleo de fuerza física— de una resistencia efectivamente ofrecida o ciertamente esperable y, por lo tanto, que de antemano debe ser superada mediante fuerza física".[24] Así puede, incluso un alto tribunal, perder el merecido respeto por sus fallos; pues mucho antes de esta decisión, precisamente el mismo tribunal entendió un encierro como una retención *violenta*[25] (pero, curiosamente, no el hecho de dejar afuera)[26], el mero plantarse en el camino como una obstrucción *violenta*[27] y otros más.

En el centro de la nueva jurisprudencia se halla el problema de cómo han de ser valoradas las manifestaciones públicas no autorizadas que dificultan el tránsito vehicular "normal" o lo imposibilitan. La decisión más conocida del BGH[28] se refiere a un suceso en el que los estudiantes, en protesta contra el anuncio de un aumento de las tarifas de transporte público, masivamente se sentaron o se pararon en las vías del tranvía y, así, paralizaron el tránsito del centro de una gran ciudad (Colonia). El BGH atendió al "efecto coercitivo" psíquico generado en los conductores de los tranvías.[29] En una primera decisión, el Tribunal Constitucional Federal aprobó esta

[21] *Timpe*, Die Nötigung, 1989, p. 41 ss., 47 ss. y *passim*.
[22] *Supra*, texto correspondiente a las notas 11–13.
[23] *RGSt* t. 56, p. 87 ss.; criterio abandonado en *BGHSt* t. 1, p. 145 ss.
[24] *RGSt* t. 56, p. 88.
[25] *RGSt* t. 13, p. 49 ss.
[26] *RGSt* t. 20, p. 353 ss., 356; luego diferente, *RGSt* t. 69, p. 327 ss., 330.
[27] *RGSt* t. 45, p. 153 ss.
[28] *BGHSt* t. 23, p. 46 ss.
[29] *BGHSt* t. 23, p. 54.

interpretación del concepto de violencia en un suceso que se desarrolló de manera similar;[30] en una segunda decisión[31] lo restringió: dado que la coerción ya está incluida en el concepto de coacciones, en las coacciones específicamente con violencia tendría que haber algo más que cualquier coerción.[32]

III. Violencia: lesión de derechos garantizados

¡Suficientes confusiones! El despliegue de fuerza, es decir, la vinculación con el *crimen vis*, es desechado por la nueva jurisprudencia; pero lo que lo reemplaza, el efecto coercitivo, es demasiado vago, tal como lo explicó el Tribunal Constitucional Federal en su segunda decisión sobre el concepto de violencia, recién mencionada: la vida social en su conjunto, como ya fue esbozado al comienzo (*supra* I.), está atravesada de efectos coercitivos, de tal manera que si se equipara violencia con coerción, el tipo de las coacciones, junto con la cláusula de reprochabilidad, se atrofia y las coacciones pasan a ser coerción reprochable, lo que no es otra cosa que el abandono de un juicio jurídico por uno moral. Por tanto, no hay que concebir la violencia como coerción en general, sino, antes bien, como coerción *que lesiona el derecho*, y esto no es particularmente difícil: la violencia logra un efecto coercitivo mediante la lesión de *determinados derechos*.

Con todo, sería precipitado calificar *toda* lesión de derechos en absoluto como violencia coactiva y, así, criminalizarla según el curso que siga. Antes bien, hay que diferenciar: (1) Algunas posiciones jurídicas le están *garantizadas*[33] a su titular, en el sentido de que puede defenderlas en

[30] *BVerfGE* t. 73, p. 206 ss., 233 ss., 261. La decisión resultó sumamente ceñida, con cuatro votos contra cuatro.

[31] *BVerfGE* t. 92, p. 1 ss., 11 ss., 17. Nuevamente, la decisión resultó sumamente ceñida, con cinco votos contra tres.

[32] El BGH, al que no le gusta que el Tribunal Constitucional Federal se meta en sus asuntos, esquivó hábilmente esta decisión en un caso de obstrucción de autopista (*BGHSt* t. 41, p. 182 ss., 184): respecto de los primeros automovilistas que llegaron al lugar del hecho, puede tratarse de un efecto coercitivo psíquico, pero a los siguientes automovilistas se les impidió continuar andando también de manera física (por parte de los primeros automovilistas) y, así, de modo calificado.

[33] Al respecto, *Jakobs*, Nötigung durch Gewalt, en: Hirsch *et al.* (comps.), Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1986, p. 791 ss., 799 ss.; *Timpe*, Nötigung (nota 22), p. 70 ss.; *Lesch*, Gewalt als Tatbestandsmerkmal des § 240 StGB, en: Pawlik *et al.* (comps.), Festschrift für Günther Jakobs, 2007, p. 327 ss., 333 ss.

legítima defensa cuando son amenazadas por una agresión antijurídica.[34] (2) Otras posiciones no están tan fuertemente garantizadas, sino que, en caso de ser amenazadas, tienen que ser aseguradas en un proceso judicial que solo en situaciones excepcionales puede ser reemplazado por la autotutela del titular del derecho. En primer lugar, pertenecen al primer grupo de derechos garantizados los conocidos derechos *absolutos* (vida, cuerpo, propiedad y otros más), cuya existencia está garantizada frente a todos, así como el derecho (similar a la propiedad común) a participar del uso común. A estos se suman los derechos frente a las personas especificadas en el derecho penal como *garantes* de protección de derechos absolutos, en especial los derechos a exigir una prestación de un garante. A modo de ejemplo, la persona obligada por injerencia u obligada institucionalmente al deber de cuidado lesiona un derecho garantizado si no cumple con su deber, por más que el forzar la prestación mediante legítima defensa quede *prácticamente* excluido. En caso de violación del deber (omisión del garante) tales garantes son tratados como personas que lesionan activamente un derecho absoluto.

Al segundo grupo pertenecen, en especial, los derechos por contratos de obligaciones*, a los que se suman los derechos que sean equiparables. Si bien estos derechos —p. ej., la pretensión de pago de una mercadería entregada— son garantizados en cuanto a su *existencia* (el antiguo acreedor que cedió su derecho y, no obstante, recibe la prestación del deudor con efecto liberador hacia este, lesiona un derecho garantizado), no lo son en lo atinente a su satisfacción. Entonces, que el contractualmente obligado no salde su deuda lesiona el derecho correspondiente del acreedor a recibir la prestación, pero este derecho no le está garantizado al acreedor. Antiguamente, el problema era resuelto de manera contraria en la filosofía del derecho —con argumentos estrictamente jurídicos—. Hoy todavía son conocidas las explicaciones de *Hegel*[35]: "La violación de

[34] Con todo, la legítima defensa puede ser restringida por razones que surgen de un ámbito *externo* a los derechos garantizados, es decir, que atañen a la *actuación* de esos derechos, pero no a su *concepto*. Este carácter *externo*, en especial en el caso de las restricciones de la legítima defensa en el tránsito vehicular, es desconocido por *Paeffgen*, Unzeitgemäße (?) Überlegungen zum Gewalt- und Nötigungs-Begriff, en: Samson *et al.* (comps.), Festschrift für Gerald Grünwald, 1999, p. 433 ss., 461 s.

* N. del T.: En el original en alemán, "obligatorische Verträge"; literalmente "contratos obligatorios", en el sentido de derechos personales, por contraposición a los derechos reales.

[35] *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1820/21, § 93, nota (aquí citado según: Hauptwerke in sechs Bänden, t. 5, 2015). Por lo demás, la formulación de *Hegel* (la violación del contrato como "coerción primaria o al menos violencia") es una refutación muy contundente de la afirmación —cómoda para la teoría tradicional— de que equiparar la violencia con una lesión de *derechos* garantizados excede el límite de las palabras (así, con insistencia, *Paeffgen*, Überlegungen [nota 34], p. 459, con numerosas referencias).

un contrato mediante la no prestación de lo estipulado… es coerción primaria o al menos violencia, en la medida en que yo… privo… de una prestación debida". Aun cuando hoy en día ya no se siga la equiparación de todos los derechos (de los garantizados y de los meramente exigibles judicialmente), queda un saldo de esta teoría: la violencia es concebida —aunque con demasiado alcance— como lesión *del derecho*.

Que se trata de la lesión de derechos garantizados lo demuestra también la antigua formulación de las amenazas (que hasta 1943 rezaba así en el RStGB respecto de las coacciones básicas): estas tienen que tener en mira un crimen o un delito. Los crímenes y los delitos lesionan derechos garantizados (contra estos es admisible la legítima defensa) y ante esta situación únicamente es consecuente concebir la violencia como delito no solo tenido en mira, sino ejecutado. A modo de ejemplo, una amenaza de confiscarle una cosa a la víctima (sin causa jurídica) si la sigue usando, equivale a la confiscación de la propiedad como violencia. Bajo esta interpretación, las coacciones con violencia son el delito básico de todos los delitos contra las personas[36] que tienen como efecto una modificación de la conducta de la víctima.[37] No obstante, la amenaza y la violencia tienen que ser concebidas de modo un poco más amplio; pues los derechos garantizados de los que debe tratarse no son protegidos todos también de manera *jurídico-penalmente* amplia. Así, p. ej., por regla general la propiedad no está asegurada penalmente contra un desapoderamiento temporal (son excepciones, p. ej., los casos abarcados por el § 248b), pero

"Violencia" es una palabra trillada y sin contexto no significa nada. En el contexto jurídico de un delito contra la persona —¡persona en el derecho es el portador de derechos y obligaciones!— significa, justamente, la lesión de los *derechos* constitutivos de la persona.

36 Detalladamente, *Jakobs*, Nötigung (nota 1), también respecto de la solución de las relaciones de concurso, *passim*, p. 36 ss. No obstante, esta concepción presupone que los delitos contra la persona sean concebidos como lesiones de derechos garantizados, p. ej., la estafa como lesión del derecho garantizado a no ser engañado en asuntos patrimoniales; al respecto, *Pawlik*, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, p. 65 ss., 139 ss.

37 Falta tal modificación (falta una conducta forzada), p. ej., cuando el propietario de una gran biblioteca ni siquiera se da cuenta de que ha sido hurtado un libro o cuando los autores obstruyen una calle y las personas que tienen derecho a usarla no quieren hacerlo. Respecto de la consumación en delitos contra las personas: *Jakobs*, Materielle Vollendung bei Verletzungsdelikten gegen die Person. Zugleich ein Beitrag zur Verallgemeinerung des Besonderen Teils, en: Schünemann *et al.* (comps.), Festschrift für Claus Roxin, 2001, p. 793 ss.

sí se garantiza que no se llegue a tal desapoderamiento (y se lo puede impedir mediante legítima defensa).[38]

Entonces, con una interpretación jurídicamente consistente, la violencia debe ser concebida como lesión de derechos garantizados y la amenaza como anuncio condicionado de tal lesión jurídica. En esa medida, la cláusula de reprochabilidad es absolutamente superflua: el ilícito de tal conducta está dado siempre —fuera de las causas de justificación—.[39] A modo de ejemplo, con el desapoderamiento de un vehículo cuyo propietario está utilizando, este último es coaccionado de manera antijurídica a no usar más el objeto, pero en una situación de estado de necesidad justificante el desapoderamiento estaría justificado.

IV. Amenaza lesiva de la libertad vs. amenaza abusiva

En la jurisprudencia y en la doctrina tradicional no se llega a esta concepción jurídicamente consistente; antes bien, la violencia queda como elemento *jurídicamente* incierto y a su lado surge la amenaza ilimitada de un "mal grave" (en el tipo básico de las coacciones desde 1943 y en el tipo de la extorsión desde el Código Penal de la Confederación Alemana del Norte de 1870). Ambos concentran el medio típico en un "efecto coercitivo" y, con ello, en un acontecimiento que individualmente causa impresión, pero no en uno que sea también jurídicamente relevante. Con la ampliación del objeto de las amenazas a todo mal grave han de ser abarcados casos de chantaje y otros similares: se ejecutará una conducta mala para la "víctima", pero permitida, si la "víctima" no "paga" para que esa conducta no se realice. Ya se ha explicado,[40] y no es necesario dedicarle más palabras, que en tales casos no se trata de un delito contra la libertad de la persona (si acaso es un delito), dado que mediante esta vinculación condicionada se le da la posibilidad a la "víctima" de evitar la realización del mal (pero mediante la aceptación de otro mal).

---

[38] No obstante, la decisión del legislador de no proteger *penalmente* ciertas áreas de derechos garantizados no puede ser burlada por medio de llenar las *lagunas intencionales* con la aplicación del tipo penal de las coacciones (efecto de bloqueo). A modo de ejemplo, si el desapoderamiento temporal de un bote de remo ajeno no es penado como delito contra la propiedad (a pesar de la injerencia en el derecho garantizado a la "propiedad"), esa laguna no puede ser llenada por medio de que *la mera imposibilidad de usar el bote* sea tratada como coacción. Detalladamente al respecto, también sobre los polémicos casos de desapoderamiento temporal de accesorios ortopédicos, *Jakobs*, Nötigung (nota 1), p. 38 ss.

[39] Muy controvertido; de otra opinión, LK-*Altvater* (nota 1), § 240, n.° m. 94, 102 ss. con referencias bibliográficas.

[40] *Supra*, texto correspondiente a la nota 14 s.

Entonces, si en los casos de chantaje y otros similares no puede ser que se trate de un delito contra la libertad, en el anuncio condicionado de una conducta permitida puede haber otro ilícito, pero ilícito en fin. Para esclarecerlo se recurrirá una vez más a una decisión —también muy conocida— del BGH.[41] Los hechos (simplificadamente) son los siguientes: un detective de una tienda comercial sorprende hurtando a una mujer que solo tiene dieciséis años. Cuando, en la oficina, el detective toma apuntes de lo sucedido, la ladrona pide desesperadamente no ser denunciada. El detective le da cita fuera de la tienda y allí manifiesta que "'cajoneará' la denuncia" a cambio de favores sexuales. La conducta exigida no se realiza. ¿Se da una tentativa de coacción? Una particularidad del caso reside en que —según cómo sea entendida la manifestación del detective— se amenaza con una *omisión* (no evitar que la denuncia sea tramitada por terceras personas) y, por cierto, con una omisión a la que el detective está obligado por el derecho laboral y a la que tiene derecho frente a la "víctima", de manera que si él omite no le inflige ningún mal. No obstante, la "víctima" se halla en una situación de apremio —en este caso: causada por su propia culpa— y solo por ello el amenazante tiene una posibilidad fáctica de conseguir lo deseado o, más precisamente, lo exigido. *Explotación de una situación de apremio para provecho propio, a pesar de que está permitido que uno se niegue por completo frente a la "víctima"; esta es la estructura del abuso de una situación de apremio* (§ 291, ap. 1, 1.ª oración, StGB), de manera que la extorsión, desde el Código Penal de la Confederación Alemana del Norte de 1870, y las coacciones básicas, desde 1943, conocen junto a la realización del tipo con restricción de la libertad también una variante abusiva y solo esta última forma de cometer el ilícito precisa de una cláusula de reprochabilidad (§ 240, ap. 2, § 253, ap. 2, StGB).

¿Cuál es el fin de protección del delito de abuso de una situación de apremio? No puede ser la libertad del abusado, pues el autor podría negarse por completo, de manera impune. A modo de ejemplo, la "víctima" corre de una institución financiera a otra y no consigue crédito, sino negativas; el último banco cumple su deseo, pero a cambio de intereses abusivos. ¿Por qué las personas de los primeros bancos que se negaron resultan impunes, mientras que la del último banco, que otorgó el crédito, debe ser penada por abuso de una situación de apremio? Para esta pregunta hay diversas respuestas en la bibliografía,[42] pero en los últimos tiempos la respuesta dice

[41] *BGHSt*, t. 31, p. 195 ss.; al respecto, con referencias detalladas de las reacciones de la bibliografía, LK-*Altvater* (nota 1), § 240, n.º m. 85–88.

[42] Referencias en LK-*Wolff* (nota 1, t. 10, 2008), § 291 n.º m. 3; *Laufen,* Der Wucher (§ 291, ap. 1, 1.ª oración, StGB), 2004, p. 12 ss., 20 ss.

que quien sufre el abuso es protegido, en todo caso, de manera indirecta,[43] mientras que el principal protegido es el propio ordenamiento económico, que pierde aceptación por la excesiva liberalidad.[44] De la misma fuente se nutre lo ilícito (lo reprochable; aquí sin dudas tienen una función el § 240, ap. 2, y el § 253, ap. 2, StGB) de las coacciones abusivas. El trato liberal de las personas entre sí, la interacción, muestra su verdadera cara —se hace cínico— cuando la drástica debilidad de una persona es explotada en beneficio propio. Aquí se protegen las reglas mismas de la interacción y solo de manera indirecta se protege a quien padece la coacción abusiva que, con arreglo a ello, es caracterizada como "víctima" (entre comillas).

Un ordenamiento, ya sea un ordenamiento económico o un ordenamiento de la interacción en ámbitos no económicos, siempre tiene un "fundamento de negocios" y cuando este falta, las reglas del ordenamiento solo pueden ser aplicadas *nominalmente*, pero ya no de manera *legítima*. Si en la práctica se aplica el ordenamiento de modo solo nominal, el ordenamiento pierde aceptación y, así, cimentación *cognitiva*, de las cuales también precisa un instituto normativo para poder orientar en el día a día.[45] Por ello, la cláusula de reprochabilidad del § 240, ap. 2, y del § 253, ap. 2, StGB debe ser interpretada en el sentido de que es "reprochable" la conducta que socava la vigencia del *derecho*, pero no aquella que de algún modo es, p. ej., contraria a la moral.

La doctrina tradicional llega a esta conclusión mediante la aplicación de un llamado principio de conexidad:[46] cuando la conducta forzada y el mal amenazado pueden ser entendidos como *un solo* hecho vinculado ("conexo") según una valoración social general, la amenaza es catalogada como no reprochable. Tal es el caso, en particular, cuando se exige el pago de la indemnización del daño producido por un delito a cambio de no hacer la denuncia penal, o cuando como muestra

[43] Con acierto, en el § 291, ap. 1, StGB la ley no distingue, respecto del abuso (en lo que aquí interesa, abuso de una situación de apremio), que la situación de apremio haya sido causada por propia culpa o que la situación haya acometido fatalmente a la "víctima", p. ej., ya sea que la situación fue el resultado de su vida desenfrenada o bien de una enfermedad "inmerecida".

[44] Lo protegido sería el "funcionamiento de la economía conforme al ordenamiento", así *Otto*, Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte, 7.ª ed., 2005, 61/124, o "la libertad contractual… como institución de nuestro ordenamiento jurídico", así *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil, 2.ª ed., 2008, p. 105. Al respecto, más detalladamente, *Jakobs*, Nötigung (nota 1), p. 29 ss.

[45] Más detalladamente, *Jakobs*, Normative Erwartungen, en: Dencker *et al.* (comps.), Festschrift für Klaus Tolksdorf, 2014, p. 281 ss., 283 ss.

[46] Extensamente sobre los factores que deben ser tomados en consideración al averiguar la reprochabilidad, LK-*Altvater* (nota 1), § 240, n.º m. 93 ss., 102 ss.

de arrepentimiento se exige un pago a una "caja de pobreza"; esto último podría ser bastante problemático en razón de la consecuente privatización de la justicia penal. En el caso presentado *supra* del detective lujurioso[47] debería aceptarse, con esta regla, una coacción abusiva precisamente por falta extrema de conexidad, y ello es correcto en ese supuesto. Un caso-límite delicado: el autor conoce una grave debilidad de la "víctima" que, sin lesionar ningún derecho de ella, en especial sin lesionar su derecho a la personalidad, podría ser puesto a disposición de la prensa a cambio de un considerable pago de dinero, y él le anuncia a la víctima que renunciará a publicarlo si ella le paga la misma suma (probablemente todavía hay conexidad).[48]

Sin embargo, el camino hacia la conclusión —en este caso correcta— recorre en parte el campo equivocado: para definir la antijuridicidad no se debe atender a cualquier tipo de inconexión, sino, más bien, específicamente a una inconexión *jurídica*, es decir, al vínculo entre posibles conductas por cierto inconexas, pero, en todo caso, entre posibles conductas *jurídicas*. Esto tiene incidencia en aquellos casos en que el autor tiene en miras una violación del derecho que a la "víctima" le resulta grata, o cuando le exige una violación del derecho que lo pone en una mejor situación. A modo de ejemplo, el caso ya disecado varias veces del detective que explota su poder de hecho[49] puede modificarse en el sentido de que (1) el detective tiene en miras impedir la denuncia a través de una *frustración de pena* (§ 258, ap. 1, StGB)* o (2) vincula la evitación de la denuncia —mediante frustración de pena o no— con la comisión de un delito por parte de la "víctima". Por más inconexa que sea tal vinculación, no es una vinculación jurídicamente relevante, dado que el derecho *per definitionem* no puede garantizar que *fuera* de su ámbito se desarrolle todo en orden. Un ejemplo de abuso de una situación de apremio puede aclararlo: el locador, un encubridor, otorga la vivienda a cambio de la promesa del inquilino de entregas permanentes de cantidades considerables de productos provenientes de delitos, o exige un alquiler exorbitante pero a cambio promete ocultar de la policía al inquilino delincuente. Enseguida debería saltar a la vista que no hay un mercado jurídicamente reconocido para tales prestaciones

47 Texto correspondiente a la nota 41.
48 Ver *supra* nota 16 respecto de *Engelhard* y *Nipperdey*.
49 De nuevo, texto correspondiente a la nota 41.
* N. del T.:
§ 258 StGB Frustración de pena
(1) Quien a sabiendas o intencionalmente frustre en todo o en parte que otro sea penado o que sea sometido a una medida de seguridad (§ 11, ap. 1, n.º 8) en virtud de un hecho antijurídico según la ley penal, será reprimido con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa.

(frustración de pena) o contraprestaciones (entrega de productos de origen delictivo) y, con ello, no hay un precio jurídicamente relevante: el abuso de una situación de apremio queda excluido, porque falta un "precio normal" jurídicamente válido.[50] El traslado de estas conclusiones a las interacciones sin valor económico debería ser sencillo: en las variantes del caso de partida, formuladas al comienzo de este párrafo, no se puede establecer una reprochabilidad *jurídicamente* determinada, pues no hay precios jurídicamente reconocidos para las conductas delictivas (p. ej., para una frustración de pena). A modo de pregunta concreta, ¿a partir de cuándo el precio que exige el matón es abusivo y a partir de cuándo el que le da el encargo al matón lo explota casi como a un esclavo? El problema es conocido en el concepto patrimonial de la estafa, aun cuando allí se resuelve en general de manera incorrecta, porque no se atiende al valor jurídico, sino al valor fáctico que se puede lograr en el "inframundo".[51] El derecho procura un *fair play* entre malhechores. ¡Un absurdo!

¿Entonces el ordenamiento jurídico "deja tirada" a la "víctima" en casos en que el autor ha creado una conexión con una conducta antijurídica? Pues sí. Esto es así porque la "víctima" ya desde antes no recibe protección jurídica en la medida en que la realización del mal no le inflija un perjuicio *jurídico* y es por ello que la "víctima" tampoco está en el centro de las coacciones abusivas, sino el propio ordenamiento *jurídico*.

V. Conducta coaccionada

Para consumar las coacciones es necesario que el autor "coaccione a actuar, tolerar u omitir" (§ 240, ap. 1, § 253, ap. 1, StGB) con violencia o con una amenaza que anuncie una pérdida de libertad o que esté configurada de manera abusiva.[52] De esta formulación se infiere (1) —con acierto— que el mero ser afectado por el medio coactivo no alcanza para la consumación y (2) —desacertadamente— que la *vis absoluta* no es un medio coactivo idóneo, dado que excluye una

[50] Por tanto, tampoco pueden ser valorados como coacciones (abusivas) los casos tratados por *Hoven* —acertado en las conclusiones— (Nötigung durch Bestechlichkeit? – Ein Beitrag zum Verständnis der Nötigung durch Drohung mit einem rechtmäßigen Unterlassen, ZStW, t. 128 [2016], p. 173 ss.), en los que los funcionarios amenazan con no querer dar preferencia a un licitador si no paga un soborno: para una preferencia antijurídica no existe ningún "precio de mercado" jurídicamente reconocido.

[51] "Clásico", p. ej., *BGHSt*, t. 2, p. 364 ss. ("caso del torno"). Detalladamente contra la valoración supuestamente "económica", *Pawlik*, Verhalten (nota 36), p. 263 ss.

[52] Según el Ley común general de los Estados Prusianos (ALR): coaccionar "contra su voluntad a algo"; según el Código Penal Prusiano: coaccionar "a una acción u omisión".

conducta imputable a la víctima.[53] Respecto de la primera conclusión: quien constata un acto de violencia en su contra, pero no ve una razón para modificar su conducta, no es coaccionado, sino que, antes bien, se comporta *sua sponte*, independientemente del acto de violencia. A modo de ejemplo, el propietario de una biblioteca ve que un usuario sustrae un libro; el propietario no hace nada, dado que quiere evitar un escándalo y de todas maneras no necesita el libro. Respecto de la segunda conclusión: se pierde el contexto de coacciones (es decir, queda en una jurisprudencia de conceptos) si el "actuar" es entendido como el equivalente al concepto de acción de la estructura del delito y "tolerar" y "omitir", analógicamente, también lo son; pues las coacciones como delito contra la libertad (por lo visto, en el caso de las coacciones abusivas el problema no juega ningún rol) están consumadas cuando, en virtud del medio coactivo, se llega a una *modificación* de la conducta voluntaria, y esta modificación está dada tanto en caso de un cambio coaccionado de una conducta determinada a otra, como en caso de un cambio de una conducta a una no-conducta. A modo de ejemplo, quien golpea a la víctima hasta dejarla inconsciente para que no pueda hacer lo que iba a hacer, provoca una modificación de la conducta. En el caso-límite, basta para la consumación de las coacciones incluso la prolongación de una no-conducta, así, p. ej., cuando en el caso recién mencionado el autor, más tarde, vuelve a golpear a la víctima para que no se despierte y no pueda continuar lo que estaba haciendo.

En conclusión, "actuar, tolerar u omitir" deben ser interpretados en el contexto de un delito contra la libertad y no según la jurisprudencia de conceptos (además, ¿qué concepto de acción, según la estructura del delito, debería aplicarse: el causal, el final u otro?): la víctima es forzada a no utilizar el ámbito de libertad que le corresponde y que utilizaría si no existiera tal coerción; no se exige más que eso. Por tanto, el homicidio es la violencia más grave,[54] a menos que de todos modos la víctima se halle en un estado de inconsciencia irreversible. Por último, se pueden formular, entonces, unas palabras de conciliación frente a la doctrina tradicional, que ha sido tan

[53] *Köhler*, Nötigung als Freiheitsdelikt, en: Kerner *et al.* (comps.), Festschrift für Heinz Leferenz, 1983, p. 511 ss.; *Hruschka*, Nötigung (nota 6), p. 737 ss.; MüKo-*Sinn* (Joecks *et al.* [comps.], Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, t. 4, 2.ª ed., 2012), § 240, nota 10; *Paeffgen*, Überlegungen (nota 34), p. 454.

[54] *Paeffgen* (Überlegungen [nota 34], p. 454), no obstante, alega que el autor de un atentado no coacciona a su víctima a tolerar la muerte. Pero esto soslaya el problema: lo que se coacciona es que la víctima abandone ulteriores decisiones de voluntad, es decir, que modifique su conducta a la manera del cambio de una conducta voluntaria a una no-conducta.

regañada aquí: las coacciones contra la libertad afectan —según la doctrina tradicional—[55] la protección de la *actuación* libre de la voluntad, pero también la protección de su libre *formación*.[56]

VI. Nota final

Es posible, entonces, ordenar la mezcolanza de la doctrina tradicional —concepto impreciso de violencia, amenaza con una conducta permitida en un delito contra la libertad, reprochabilidad como concepto jurídico— de tal manera que se logre un continuo, es decir, un orden que oriente estos elementos hacia lo *jurídico*: violencia como quiebre de *derechos* garantizados, amenaza con una conducta permitida como coacción no lesiva de la libertad pero sí *abusiva*, reprochabilidad como perturbación de la fuerza monitoria de instituciones *jurídicas*. La doctrina tradicional, sin embargo, no piensa en una renuncia tal, sino que continúa nutriéndose de las fuentes históricas y la costumbre, absolutamente insuficientes.

[55] LK-*Altvater* (nota 1), § 240, n.º m. 1, con referencias.

[56] Divergentes, los mencionados en la nota 53, quienes, no obstante, en el caso principal (el autor quiebra la custodia de la víctima mediante su homicidio doloso) difícilmente podrán construir un robo con consecuencia de muerte (§ 251, StGB).

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 6, pp. 205-217

CULTURA, RELIGIÓN, DERECHO PENAL. NUEVOS DESAFÍOS EN UNA SOCIEDAD PLURALISTA

Prof. Dra. Tatjana HÖRNLE[*] [**]

Fecha de recepción: 12 de marzo de 2018
Fecha de aprobación: 24 de abril de 2018

I. Planteamiento del problema y premisas

Objeto del dictamen es la cuestión de si, como consecuencia de la pluralización cultural y religiosa de la población que vive en Alemania, son recomendables modificaciones en el derecho penal (en el texto de la ley o en la interpretación del derecho vigente). Podrían invocarse como válidas improntas religiosas o culturales en favor de autores (en la interpretación de elementos del tipo, como justificación, exculpación o como causas de atenuación de la pena). En otras constelaciones, se trata de la cuestión de si el derecho penal debería ser ajustado a situaciones amenazantes nuevas o que son valoradas de una nueva forma (a este contexto pertenecen los recortes genitales, el casamiento coactivo, los así llamados crímenes de odio, la ofensa a un credo o confesión y las manifestaciones racistas).

Normas prohibitivas y agravaciones de la pena deben ser incluidas con suma cautela, debido a su efecto de restricción de la libertad, lo cual se expresa en la fórmula del derecho penal como *ultima ratio*. En sociedades multi-culturales es importante marcar claramente esenciales esferas de libertad, pero a la vez reducir convicciones divididas. En el contexto contemporáneo, un ordenamiento jurídico no puede basarse en pretensiones morales, sino que (solo) tiene que

[*] La autora es titular de la Cátedra de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Filosofía del Derecho y Derecho Comparado, en la Humboldt-Universität zu Berlin. En razón del espacio, fuertemente limitado por la breve presentación, se renunció en gran parte a referencias bibliográficas; estas se hallan en el dictamen. [*Nota con asterisco del texto original*; esta aclaración entre corchetes es *N. de Tr.*: La autora se refiere aquí al "Dictamen C para la Jornada de Juristas Alemanes de 2014" (Gutachten C zum DJT 2014).]

[**] Traducción de Marcelo A. Sancinetti (Universidad de Buenos Aires); revisión de la traducción de Marcelo D. Lerman (Universidad de Buenos Aires). El presente texto fue publicado originariamente bajo el título "Kultur, Religion, Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft", en NJW (Neue Juristische Wochenschrift, ed. C. H. Beck), adjunto 2/2014 al n.º 24/2014 de NJW, pp. 34/38.

entenderse como "Ordenamiento de la libertad y la paz".[1] No plantean problemas las normas penales que protegen derechos de libertad reconocidos. Pero están necesitados de una discusión los (posibles) delitos de expresión o de manifestaciones, cuando estos se refieren al contenido confesional o (presuntas) cualidades de etnias (p. ej., representaciones caricaturescas de Mahoma o las polémicas manifestaciones de Thilo Sarrazin). En la bibliografía sobre multi-culturalismo se hace referencia a que "el exigir el reconocimiento (sería) una necesidad humana fundamental".[2] Sin embargo, se puede objetar que la limitación de la comunicación entre en colisión con intereses generales. Es una característica de los Estados de libertad el renunciar a intentos por regular el discurso público con medios jurídico-penales.

Reflexiones sobre justificaciones, exculpaciones y atenuaciones de la pena no deberían recaer en forma intuitiva y referidas a casos particulares, sino que deberían hacer referencia, *de modo sistemáticamente consistente*, al ilícito y la culpabilidad. Para la valoración del ilícito no desempeña ningún papel la cuestión de si las improntas culturales o religiosas pudieron haber dificultado la conducta conforme a la norma. El debate que se condujo bajo el título de "Culpabilidad" gira en torno a bajo qué circunstancias, a pesar del ilícito demostrado, se puede renunciar en forma total o parcial a un reproche por el ilícito. Es una constatación esencial la de si es apropiado un enfoque psicologizante e individualizante. En contra de ello habla el hecho de que no se podría realizar una medición afinada del grado de responsabilidad (ni siquiera para autores de origen alemán). En el camino vital de cualquier hombre hay una corriente continua de influencias que disminuyen considerablemente los ámbitos discrecionales de decisiones posteriores y que ni siquiera en forma aproximada podrían ser reconstruidas en el ámbito forense. Ya por ello, tiene que quedar excluida una valoración psicológicamente consecuente de la culpabilidad. Además, las causas de exculpación, en el Código Penal alemán, se basan en que poco antes del hecho existió una situación inusual, que la comunidad jurídica puede llegar a comprender. Hay que decidir si los trasfondos culturales o religiosos del hecho deben ser valorados de modo exculpante o atenuante, a lo cual se vincula: es decisiva la valoración normativa desde la perspectiva de la comunidad jurídica.

[1] Dreier, *Säkularisierung und Sakralität*, 2013, p. 35.
[2] Taylor, en A. Gutmann, *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*, 1993, pp. 13 ss.

II. Normas penales prohibitivas

1. Ofensa a un credo o confesión (§ 166, StGB)

Se le debe recomendar al legislador derogar el tipo. El § 166, StGB, no puede ser fundamentado de modo convincente ni con un deseo de protección de la generalidad (protección de la paz pública) ni con la protección de derechos individuales. Cierto es que son imaginables, sobre todo tras propaganda contraria, reacciones con ejercicio de violencia; en tales condiciones, sin embargo, es problemático imputar las consecuencias al ofensor. El Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) clasificó recientemente como no suficiente la "protección del clima"* para realizar injerencias en la libertad de expresión de opiniones.[3] Una simple ofensa al credo o confesión no restringe la libertad del partidario de esa confesión de practicar su religión (art. 4, II, GG). Las reflexiones que se remiten a la protección de reconocimiento e identidad son dudosas ya en la premisa de que tal derecho individual pudiera ser fundamento de prohibiciones penales; además, habría que seguir preguntando por qué deberían ser protegidas solo partes de la identidad personal, teñidas de lo religioso o ideológico.

2. Incitación contra un sector de la población (§ 130, I, StGB)

Con la decisión del 26/2/2013 la Comisión para la eliminación de la discriminación racial de las Naciones Unidas estableció que Alemania había lesionado los deberes derivados de la Convención Internacional[4] para la eliminación de toda forma de discriminación racial.[5] La crítica no apuntó directamente al derecho material, sino a la falta de persecución penal de . Sería concebible una demanda de política jurídica: una modificación del § 130, I, StGB. El derecho penal alemán es más estrecho que la formulación habida en el art. 4 de la Convención, en tanto allí se menciona "toda difusión de ideas basadas en la superioridad de una raza". Son imaginables situaciones de hecho en las cuales sea postulada la superioridad de una raza, sin que esto caiga bajo

---

* En el sentido de "atmósfera social" (N. de Tr.).

[3] BVerfGE, t. 124, p. 300 (334) = NJW, 2010, p. 47.

[4] Convención del 7/3/1966; BGBl., II, 1969, p. 961. *Nota de traducción*: sobre esta *Convención* véase: http://www.gobernacion.gob.mx/work/models/SEGOB/Resource/1687/4/images/14_%20Convencion%20Internacional%20sobre%20la%20Eliminacion%20de%20todas%20las%20Formas%20de%20Discriminacion%20Racial_.pdf

[5] Comunicación n.º 48/2010; véase EuGRZ, 2013, p. 266, con anotación crítica de Tomuschat.

el § 130, I, StGB. Pero no se debe recomendar al legislador modificar el § 130, I, StGB, ni crear sin más delitos de manifestación de expresiones. Las comisiones contra el racismo tienden a perder del campo visual la importancia central de la libertad de expresión de opiniones. En lugar de recurrir a prohibiciones debería ser puesta a la discusión pública el trato con afirmaciones insuficientemente investigadas o formuladas de modo insensible.

3. Circuncisión de niños varones (§ 1631d, BGB)

Después de que el Tribunal Superior Estadual de Colonia juzgó, en mayo de 2012, que la circuncisión de niños sería una lesión corporal antijurídica,[6] fue creada, con el § 1631d, BGB, una causa de justificación para circuncisiones médicas no necesarias de niños varones.[7] La crítica no ha cesado; el § 1631d, BGB, es clasificado, en parte, como inconstitucional. En el precipitado proceso legislativo se les dedicó poca atención a posibles consecuencias corporales y psíquicas de la circuncisión. Respecto de la inconstitucionalidad del § 1631d, BGB, importa, sin embargo, el derecho de los padres a una educación (art. 6, II, 1, GG) y la cuestión de si el Estado ha descuidado su obligación de supervisión (art. 6, II, 2, GG), la cual, empero, solo en casos extremos de déficit de los padres fundamenta una protección. Por un lado, la situación indiciaria no indicaba que se tratase de una injerencia completamente inofensiva; por otro lado, esto no arroja un cuadro dramático.[8] En este estado de conocimiento no se debe partir de que fueron traspasados los límites del ámbito discrecional que le compete al legislador. Sin embargo, se debe insistir en que se encomiende una investigación ulterior, y recomendarle al legislador revisar la norma en un proceso de auto-control iniciado por sí mismo.

"Según las reglas del arte médico" (§ 1631d, I, 1, BGB) significa que (independientemente de si actúa un médico u otra persona conforme al párr. 2) tienen que ser observadas todas las exigencias de realización higiénica (es decir, también: solo en ámbitos previstos para operaciones) y el estándar del arte técnico de la medicina. Los rituales tradicionales que se desvíen del estándar médico (también del estándar técnico-médico de la anestesia) deben ser clasificados como lesiones corporales antijurídicas. Además, de la legitimación por el derecho de los padres a la educación se deriva que a la finalidad (§ 1631d, I, 1, BGB) le corresponde un papel importante. Los legitimados

[6] LG Köln, NJW, 2012, p. 2128.
[7] BTDrs. 17/11295; Ley sobre el alcance de los cuidados de la persona, en caso de una circuncisión del niño varón, sent. del 20/12/2012, BGBl, I, 2012, p. 2749.
[8] Al respecto, cf. Hörnle / Huster, JZ, 2013, p. 329 (335 ss.); Pekárek, ZIS, 2014, p. 514.

a cuidar del niño tienen que manifestar que la circuncisión, según su comprensión propia, es un requisito necesario para la realización de una concepción de la educación que esté dirigida a una socialización que le sirva al niño. Como regla general estos requisitos quedarán satisfechos con solo remitirse a que se persigue una socialización religiosa, pero no preferencias higiénicas o estéticas o bien costumbres recibidas por tradición cultural.

4. Mutilación de genitales femeninos (§ 226a, StGB)

Desde setiembre de 2013 hay un tipo penal que conmina con pena el mutilar los órganos genitales externos de una persona femenina.[9] La diferencia considerable entre injerencias en muchachas (crimen) y en niños varones (justificación conforme al § 1631d, BGB) es comprensible, comparando los casos normales, debido a los daños considerables que se producen por las formas practicadas con frecuencia en la circuncisión de personas femeninas. Pero se ignora que puede haber raras situaciones de hecho, configuradas de modo fenomenológicamente distinto (mutilación en víctimas masculinas, lesiones insignificantes en femeninas). En la interpretación del § 226a, StGB, debería observarse que no todas las modificaciones en los genitales femeninos deben ser concebidas como "mutilar" (en tanto la injerencia sea comparable con la circuncisión de niños, p. ej., cuando, sin amputación solo es afectado el prepucio del clítoris).

Le son recomendables al legislador las siguientes modificaciones: en primer lugar, debería ser asimilada la escala penal del § 226a, StGB, a la del § 226, StGB. La mutilación genital es comparable con las consecuencias graves del § 226, StGB, pero, a pesar de la intención regularmente existente, es penada en forma claramente más benigna, a saber: solo con pena privativa de libertad no inferior a un año. En segundo lugar, el tipo debería ser concebido de manera neutral al sexo, sustituyéndose "una persona femenina" por "un ser humano" (en jóvenes y mayores varones puede haber lesiones peores, que vayan más allá de las formas convencionales de cortar el prepucio). En tercer lugar, debería ser ampliado el § 5, StGB, cuando una mutilación de genitales llevada a cabo en el extranjero afectase a una persona que, al tiempo del hecho, tenga su asiento de residencia o de estancia usual en el territorio del país.

[9] 47.ª Ley de Reforma del Derecho Penal (StrÄndG), del 24/9/2013 (BGBl., I, 2013, p. 3671).

5. Matrimonio coactivo (§ 237, StGB)

Respecto del § 237, StGB, debe serle recomendado al legislador adoptar, en lugar de "matrimonio", la expresión "matrimonio o unión similar al matrimonio". En el mundo vital de los afectados valen tales uniones ("matrimonio imán") como absolutamente vinculantes; la restricción a matrimonios jurídicamente válidos pasa de largo la realidad de partes de la población en las cuales se llega a matrimonios coactivos. Además, debe ponderarse el conminar con pena, en caso de víctimas menores de edad, la aplicación de la coacción sutil (que va más allá de la fuerza y la amenaza). Finalmente, también para este delito es recomendable complementar el § 5, StGB, con la constelación de casos en que esté afectada una persona que, al tiempo del hecho, tenga su asiento de residencia o su estancia usual en el territorio del país.

III. Justificación

1. Defensa cultural como justificación

En la discusión internacional se exige que debería ser reconocida una "*cultural defense*". Pero no es recomendable introducir una causa de justificación legal correspondiente. No puede ser negada la antijuridicidad, remitiéndose a sistemas normativos que se hallan *fuera del* ordenamiento jurídico.

2. Libertad de conciencia y libertad de culto como causas de justificación

Las reflexiones sobre la práctica de una religión y la libertad de conciencia exigen un ensamble estrecho entre derecho penal y derecho constitucional. La "Sentencia del que reza en pos de la sanación", del Tribunal Constitucional Federal, del año 1971,[10] que habló de un "retroceder del derecho penal" en caso de un conflicto entre el deber jurídico y el mandato de las propias creencias es criticada, porque una subestimación del derecho a la auto-determinación conduce a una sobrevaloración de los derechos fundamentales a la práctica de la religión. Ni en el nivel de la justificación (estado de necesidad de conciencia justificante, § 34, StGB, art. 4, I, GG, o el estado de necesidad por la práctica de la religión, § 34, StGB, art. 4, II, GG) ni en el nivel de exculpaciones, en general, es razonable un "retroceder del derecho penal"; es necesario hacer reflexiones diferenciadoras sobre el ámbito de protección de los derechos fundamentales y sobre

[10] BVerfGE, t. 32, p. 98 = NJW, 1972, p. 327.

la ponderación con límites inmanentes a los derechos fundamentales. Desde el punto de vista de las consecuencias, queda excluida una justificación en casi todos los casos concebibles.

IV. Exculpación

1. Errores de prohibición (§ 17, StGB)

Al aplicar el § 17, StGB, tiene que revisarse críticamente si al autor individual le faltaba la comprensión del ilícito (esto no puede ser inferido directamente de las improntas culturales, de las relaciones sociales habidas en un país en el cual se imponen costumbres locales frente al derecho estatal o de una comparación entre los ordenamientos jurídicos). En el análisis de la evitabilidad no hay que basarse en parámetros valorativos individuales o improntas culturales, sino que, antes bien, lo decisivo debería ser la cuestión de si la situación concreta, debido a la injerencia en derechos centrales de la libertad de otros o en importantes bienes de la comunidad, dio motivos para revisar la evaluación subjetiva de la conformidad al derecho.

2. Improntas religiosas o culturales como causa de exculpación

Ni es como para recomendarle al legislador crear una causa de exculpación para abarcar trasfondos culturales o religiosos, ni tales consideraciones deberían conducir a una exculpación de carácter extra-legal. Las causas de exculpación solo pueden abarcar circunstancias fuera de lo común. Si uno intenta generalizar valoraciones detrás de normas que excluyen la culpabilidad (§§ 20, 33, 35, StGB), se demuestra que hace falta una situación extrema y extraña, cuya significación existencial sea comprensible más allá de ideas sobre la vida, sean individuales o acuñadas por grupos. Las condiciones que configuran los marcos culturales para grupos de la población no son una amenaza fuera de lo común ni existencial.

3. Libertad de conciencia (art. 4, I, GG) como causa de exculpación

El derecho fundamental a la libertad de conciencia puede tener efectos exculpantes en constelaciones de casos que aparecen con suma rareza, si la conducta cae en el ámbito de protección (sobre todo, en caso de omisiones; en caso de hacer activo, solo si el autor entró en una situación no buscada por sí mismo, sino que le fue impuesta). Es un presupuesto, además, que, desde la perspectiva de la comunidad jurídica, la conducta sea tolerable, lo que queda excluido cuando otra persona fue dañada en forma no trivial.

V. Medición de la pena

1. Crítica a la praxis jurídica

En la jurisprudencia se construye de modo diferente, de forma problemática, una relación entre hecho y "cultura foránea". Sobre todo en caso de autores "de países del Sur" en el sentido más amplio, se hace referencia rápidamente a "la raigambre en un sistema de valores arcaico" o se explica como "conflicto cultural" una situación marcada por la rabia u otras emociones. A los jueces de tribunales sobre los hechos se les debe recomendar, primero, evitar hacer remisiones inespecíficas a "círculos culturales foráneos" y juicios globales sobre grandes religiones como "el Islam" o sobre países con relaciones heterogéneas, y, segundo, que los elementos de la personalidad como la falta de control de los impulsos y la irritabilidad emocional no sean atribuidos como "improntas culturales".

Varias Salas del BGH parten de la base de que los trasfondos del hecho de culturas foráneas solo serían relevantes para la medición de la pena si ellos estuvieran en consonancia con el ordenamiento jurídico en el país de origen.[11] Sin embargo, eso es un correctivo inidóneo para hacer referencias torpemente, como jueces del hecho, a círculos culturales "foráneos" o incluso "totalmente extraños", dado que *sub specie* ilícito y culpabilidad no aciertan en la cuestión. Es recomendable abandonar esa jurisprudencia. Por ello, la consecuencia no sería la de atenuar la pena en un amplio alcance, sino, antes bien, la de dedicarle más atención a la valoración de factores que atenúan (supuestamente) la culpabilidad.

2. Errores sobre la valoración jurídica de la medida del ilícito

Si el autor era consciente de que vulneraba una norma jurídica asegurada con sanción penal, pero erró sobre la valoración jurídica de la *medida* del ilícito, no habrá un error de prohibición, pero posiblemente sí un error relevante para la medición de la pena. Sin embargo, los detalles sobre la valoración del ilícito, como regla general, no los conocen incluso los ciudadanos bien informados. Del principio de culpabilidad se puede derivar solo *que* el autor tiene que tener consciencia de realizar el ilícito y que ha entendido la importancia de la prohibición *en alguna*

[11] BGH, NStZ-RR, 2007, p. 86; NStZ, 1996, p. 80; NStZ-RR, 1998, p. 298; de otro modo, BGH, NStZ-RR, 1997, p. 1.

medida. Los errores sobre la medida del ilícito deben ser considerados solo como atenuantes de la pena si el peso relativo fue desconocido *fundamentalmente* y el error no era evitable.

3. Capacidad de conducción restringida

Una reducción de la capacidad de conducción a ser valorada como atenuante de la culpabilidad podría fundamentarse sobre la base de que en la socialización cultural fueron aprendidas pautas de conducta que dificultaron hacer justicia a las exigencias del derecho alemán. Sin embargo, nadie tiene una capacidad de conducción irrestricta, y es problemático, debido a la ubicuidad de influencias relevantes para la conducta en el desarrollo de la vida, recurrir selectiva y arbitrariamente a algunas circunstancias. El hecho de que las influencias de "círculos culturales extraños" serían supuestamente más fáciles de reconocer (en un análisis diferenciador se diluyen tales suposiciones) no es ninguna razón como para hacer una excepción. Debería prescindirse de inferir, de influencias culturales y religiosas, una reducción de la capacidad de conducción.

4. Exculpaciones parciales

Es concebible que la comunidad jurídica renuncie a formular un reproche por el ilícito en toda la magnitud, cuando de ese modo se tome en cuenta una situación excepcional, a saber: en casos de verdaderos y graves conflictos normativos, cuando una norma contraria, cultural o religiosa (supuesta por el autor como vinculante) exigiera actuar precisamente en la forma jurídicamente prohibida. La contra-norma pertinente tiene que ser especificada y debatida (no basta con remitirse globalmente a "sistemas valorativos arcaicos" o a lo usual de la conducta). Además, hace falta, incluso cuando desde la perspectiva del autor hubiera existido un verdadero conflicto normativo, hacer un filtraje *valorativo* para decidir si tal conflicto puede ser considerado como atenuante de la pena. Se requiere que la norma de conducta cultural o religiosa no esté en contradicción fundamental con el ordenamiento constitucional y jurídico. En definitiva, solamente queda un ámbito muy limitado para atenuar la pena. Si la norma de conducta cultural o religiosa prescribe matar o lesionar a otro hombre o lesionar otros derechos importantes para la libertad (p. ej., el derecho a la auto-determinación sexual), como regla general, no entra en consideración una atenuación de la pena.

5. Atenuaciones de la pena por susceptibilidad intensa a la pena

Si el cumplimiento de una pena privativa de libertad en Alemania está unida a rigurosidades, ello se debe tomar en cuenta al configurar la ejecución. Respecto de la medición de la pena no es recomendable individualizar la pena sobre la base de una susceptibilidad personal a la pena.

6. Aumentos de la pena en caso de extranjeros o inmigrantes

Se debe prescindir de imponer una pena mayor que la adecuada al ilícito y a la culpabilidad, haciendo remisión al *status* de extranjero o a una práctica penal más severa en el país de origen.

7. Aumentos de la pena en caso de delitos de odio

Un proyecto de ley del último período legislativo preveía complementar el § 46, II, StGB, por medio de la cláusula de que deberían considerarse "motivos y fines, especialmente también racistas, xenófobos u otros de desprecio a los derechos humanos".[12] Este propósito se halla también en el pacto de la coalición actual.[13] Tal modificación no es recomendable. Respecto de la medición de la pena se debe tener en cuenta que *todas* las dimensiones del ilícito son valoradas, sobre todo las que incrementan el ilícito, el cual, en caso de ataques con ejercicio de violencia, puede residir en la expresión de la valoración negativa en forma adicional a la lesión corporal. Además, forma parte de las consecuencias culpables del hecho que la superación psíquica de tales sucesos es difícil. Para una medición de la pena adecuada al ilícito no es necesaria ninguna modificación de la ley: el § 46, II, 2, StGB, menciona "la naturaleza de la ejecución y las consecuencias culpables del hecho", así como los "motivos del autor". El insistir en una mención explícita de motivos que desprecian los derechos humanos se puede explicar diciendo que la legislación simbólica ha de fortalecer valores. Una explicación menos inocua tiene que remitirse, además, a tendencias, que vuelven a cobrar vida, hacia la moralización y a un derecho penal de ánimo. Es recomendable distinguir de modo más preciso entre motivos *como cosas puramente internas del autor* y la expresión de motivos en circunstancias *que acompañan al hecho* (solo los últimos pueden influir sobre el ilícito).

[12] BT-Drs., 17/8131, p. 3; BT-Drs., 17/9345, p. 5.
[13] Pacto de Coalición entre CDU, CSU y SPD, 18.º Período Legislativo, 101.

VI. Interpretación de tipos penales

1. Elemento del asesinato de "motivos abyectos"

El legislador debe ser exigido nuevamente a reelaborar desde los fundamentos los tipos de asesinato y homicidio. *De lege lata* la interpretación plantea problemas acerca de los cuales se discute, entre otras cosas, en favor de los llamados asesinatos por honor y venganza de sangre. En estas caracterizaciones se debe observar que algunos delitos de homicidio pueden ser reconducidos a modelos de conducta culturales supra-individuales, que pueden ser clasificados como fenómenos "culturales foráneos" pero también pueden ser engañosos.

Para la valoración de "abyecto" hay que aferrarse a la línea establecida entretanto en la jurisprudencia: lo determinante es la perspectiva de la comunidad jurídica, respecto de lo cual no importa la valoración hecha por el autor y su grupo de referencia cultural.[14] Esto se deriva de consideraciones de la teoría sobre la democracia (la interpretación es una complementación de decisiones legislativas) y del principio del tratamiento igualitario. La fórmula empleada en constante jurisprudencia de que "según la valoración ética general se hallan en el nivel más bajo"[15] debe ser abandonada. No se ajusta al caso de sociedades multi-culturales el remitirse a la valoración ética general. Los parámetros de la comunidad jurídica deben ser distinguidos de parámetros que reconocen como correctos comunidades culturales y religiosas. La mejor aproximación posible consiste en una definición negativa. Se debe preguntar: ¿cuáles son los trasfondos para los cuales la comunidad jurídica puede albergar cierta medida de comprensión? No puede bastar con remitirse a fuertes emociones del autor. Antes bien, tiene central importancia la cuestión de si la víctima tuvo una responsabilidad compartida, en forma reprochable, en el origen del hecho. Según estos parámetros deben ser valorados los llamados asesinatos por honor: cómo se puede explicar, en todos los hechos impregnados de conflictos de relación y de familia, si existió una conducta reprochable del muerto o de los muertos. No es reprochable hacer valer el derecho a la auto-determinación (art. 2, 1, GG) al decidir sobre relaciones íntimas, enlace matrimonial o divorcio. Asimismo, en caso de venganza de sangre se debe renunciar a valoraciones morales (desde el punto de vista moral, estos hechos no necesariamente deben conducir a un aumento del

[14] BGH, NJW, 1995, p. 602; NStZ, 2002, p. 369 (370); NJW, 2004, p. 1466 (1467); NStZ, 2005, p. 35.
[15] Véase, p. ej., BGHSt, t. 35, p. 116 (126 s.) = NJW, 1988, p. 2679; BGHSt, t. 47, p. 128 (130) = NJW, 2002, p. 382; BGH, NJW, 1967, p. 1140 (1141); NJW, 1981, p. 1382; NStZ, 2004, p. 34; NStZ, 2006, p. 284 (285); NStZ, 2009, p. 210; NStZ, 2009, p. 568; NStZ, 2011, p. 35.

reproche). Lo decisivo es, antes bien, que la comunidad jurídica no pueda expresar ninguna comprensión, por el hecho de que el monopolio judicial y el monopolio de la fuerza ligado a ello son el fundamento de cualquier ordenamiento estatal. Por ello, se debe partir de motivos abyectos. El grado de parentesco del autor con la víctima del hecho precedente, en contra de la concepción del BGH,[16] no interesa.

Surgen ulteriores problemas por la constante jurisprudencia sobre "componentes subjetivos". Queda excluido el asesinato "cuando, al momento del hecho, el autor no era consciente de las circunstancias que configuraban la bajeza de sus motivos, o cuando a él no le era posible dominar mentalmente y conducir conforme a su voluntad las conmociones sentimentales que determinan su actuar". [17] Esta fórmula desarrollada originariamente para la acción de dar muerte, tras discusiones, a la pareja femenina, es trasladada a autores extranjeros, incluso si el delito de homicidio fue planeado y ejecutado fríamente. [18] De este modo, son etiquetadas como "de capacidad de comprensión restringida" determinadas personas, en razón de su ascendencia. La fórmula usual es la de que el autor "está preso de concepciones vividas en su patria de modo tan intenso que él, por ello, no puede asimilar ni, por eso, tampoco comprender, las divergentes valoraciones ético-sociales de sus motivos, válidas en Alemania". [19] En la bibliografía, tales asociaciones son criticadas como discriminatorias. [20] Esta crítica debe ser profundizada: existen objeciones *fundamentales* (aun en autores forjados como alemanes). En caso de emociones como decepción, odio, miedos al futuro, etc., la determinación retrospectiva de "dominación del motivo" podría ser imposible. Un conocedor de la praxis judicial exige prescindir de "psicologizar con manos libres"[21]. Desde el punto de vista de la teoría del derecho penal se debe resaltar que no convence el clasificar grandes excitaciones y el sentimiento subjetivo de la falta de una salida como una razón para negar los motivos abyectos. La jurisprudencia sobre el potencial de dominio de los motivos debería ser abandonada.

16 BGH, NJW, 2006, p. 1008 (1011 s.).
17 BGHSt, NJW, 1995, p. 602 (603); asimismo, BGH, NJW, 1994, p. 395; NJW, 2004, p. 1466 (1467).
18 Véase BGH, NStZ, 2002, p. 369 (370).
19 BGH, NJW, 2004, p. 1466 (1467); NStZ-RR, 2004, p. 44.
20 Pohlreich, *„Ehrenmorde" im Wandel des Strafrechts*, 2009, pp. 273, 283 ss.; Valerius, *Kultur und Strafrecht*, 2011, p. 95.
21 Schneider, *FS Widmaier*, 2008, p. 759 (772).

Se hace remisión a un error de prohibición (parcial), cuando al autor le era desconocida la valoración de su motivo como elemento del asesinato.[22] Pero contra eso hay que objetar que de ese modo son exageradas las exigencias de precisión de detalles de la comprensión del ilícito. Está discutida la cuestión de si el autor también tiene que haber captado la diferencia de ilícito entre tipo básico y calificado; la jurisprudencia deja que baste que la comprensión del ilícito haya existido respecto del delito básico.[23] Esto es convincente, dado que no es necesaria una comprensión exacta de la medida del ilícito.

2. Otros elementos del tipo requeridos de complementación valorativa

Elementos como "exigible" en el § 323 c, StGB, deben ser interpretados, asimismo, en forma generalizable, desde la perspectiva de la comunidad jurídica. La perspectiva del autor en sus relaciones culturales y religiosas es irrelevante para el alcance jurídico de la norma de conducta.

[22] Valerius, JZ, 2008, p. 912 (918); Hilgendorf, JZ, 2009, p. 139 (141); Grünewald, NStZ, 2010, p. 1 (9).
[23] BGHSt, t. 8, p. 321 (324) = NJW, 1956, p. 389; BGHSt, t. 42, p. 123 (130) = NJW, 1996, p. 2804.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 6, pp. 215-248

EL CONCEPTO DE CRÍMENES DE GUERRA Y LA ÉTICA CONTEMPORÁNEA DE LOS CONFLICTOS ARMADOS*

Prof. Dr. Alejandro CHEHTMAN**

Fecha de recepción: 7 de enero de 2018
Fecha de aprobación: 30 de mayo de 2018

Resumen

El derecho internacional contemporáneo considera como crímenes de guerra a violaciones graves a las leyes que regulan los conflictos armados. La mera participación de soldados en una guerra, ya sea esta justa o injusta, no es considerada como merecedora de reproche penal. Tal posición tiene fundamento en el principio de igualdad entre beligerantes. Durante los últimos veinte años, este principio ha sido cuestionado por la llamada corriente revisionista de la teoría de guerra justa contemporánea, así como por algunos académicos en derecho internacional. De acuerdo con esta posición, quienes participan en un conflicto armado cuya causa es injusta o ilegal, cometen actos gravemente incorrectos. Este artículo sugiere que esa conducta no solo es moralmente reprochable, sino que, además, debe ser criminalizada en determinadas ocasiones. Con base en una investigación empírica sobre sesgos cognitivos, y en una de las principales corrientes en filosofía política acerca de la autoridad legítima, se argumenta que la participación en una guerra

* Traducción del inglés de Magdalena Legris (Universidad de Buenos Aires / Universidad de Leiden). Originalmente publicado en la revista *Leiden Journal of International Law* (2018), t. 31, pp. 171–194, con el título "Revisionist Just War Theory and the Concept of War Crimes". Se ha decidido mantener, en la medida de lo posible, el estilo de citas original.

** Profesor de la Universidad Torcuato Di Tella/Investigador CONICET-Universidad de Girona. Contacto: achehtman@utdt.edu. Agradezco a los participantes del ASIL Interest Group on International Criminal Law workshop en NYU, del Seminario Carlos Nino en SADAF (Argentina), la Conferencia Guerra en el Siglo XXI, en la Universidad Torcuato Di Tella, y del workshop Answering for International Crimes en Pluricourts (Oslo), especialmente Meg deGuzman, Adil Haque, Ryan Liss, Anni Pues, y Alain Zysset. También agradezco a Máximo Langer y Marcelo Sancinetti, por estimulantes conversaciones sobre el tema de este artículo y a Cécile Fabre, Charles Garraway, Massimo Renzo, Gerry Simpson, Kathryn Sikkink y tres referees anónimos de Utilitas, por observaciones y sugerencias. Los sitios web fueron consultados por última vez en 20 de mayo de 2018. Agradezco a Magdalena Legris por una traducción cuidadosa e impecable. Todo error u omisión es responsabilidad exclusiva del autor. Este trabajo ha recibido financiamiento de una beca Marie Curie de la Comisión Europea y de un PIP del CONICET.

debe ser criminalizada solo cuando esta es sabida o manifiestamente ilegal. Aun más, se sostiene que esta postura no solo es consistente con nuestras convicciones morales básicas, sino que permite reinterpretar el derecho internacional vigente en la actualidad de un modo especialmente persuasivo.

Palabras clave: Crímenes internacionales – Teoría de la guerra justa – Terrorismo – Combatientes no privilegiados – Crímenes de guerra

I. Introducción

Con arreglo al derecho internacional penal contemporáneo, los crímenes de guerra son generalmente concebidos como graves violaciones a las leyes que regulan los conflictos armados, que acarrean responsabilidad penal individual. Entre estas se puede mencionar actos como tortura, toma de rehenes, violación, esclavitud sexual y otras formas de violencia sexual, los cuales deben, a su vez, poseer un nexo suficiente con el conflicto armado. Asimismo, este tipo de crímenes pueden ser consecuencia de la violación de alguno de los principios cardinales que guían la conducción de las hostilidades, tales como los principios de distinción, necesidad y proporcionalidad. En consecuencia, el Estatuto de Roma prevé la atribución de responsabilidad penal para aquellos individuos que intencionalmente dirijan ataques contra la población civil en cuanto tal, o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades, así como para quienes lancen un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas o lesiones a civiles que serían manifiestamente excesivas en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea.[1] Una característica estructural de las leyes que regulan los crímenes de guerra es que se aplican en forma simétrica a todas las partes en el conflicto armado, más allá de la posible caracterización de tales combatientes como legales o ilegales desde el punto de vista de *ad bellum*. Esta característica fue propuesta y defendida durante gran parte del siglo XX por la llamada posición ortodoxa en la teoría de la guerra justa.[2]

Sin embargo, la teoría de la guerra justa ha sufrido una revolución en la últimas dos décadas. Siguiendo los trabajos de Vitoria, Suárez y Grocio, la corriente revisionista o neoclásica ha

[1] Estatuto de la Corte Penal Internacional, 2187 UNTS 90, Arts. 8(2)(b)(i), (iv), (xx), y 8(2)(e)(i) (En adelante, Estatuto de Roma) aunque muchos otros crímenes de guerra pueden encontrar su fundamento en la violación de uno o más de estos principios.
[2] Véase, por ejemplo, M. Walzer, *Just and Unjust Wars* (1992).

cuestionado la idea, aceptada mayoritariamente hasta entonces, de que los combatientes justos e injustos se encuentran moralmente en un pie de igualdad.[3] A diferencia de aquellos que pelean en una guerra justa, los combatientes de una guerra injusta son susceptibles de ser asesinados por los combatientes justos. Este análisis presenta una seria implicancia para la noción de crímenes de guerra.[4] Si bien tanto la posición ortodoxa en la teoría de la guerra justa, como la revisionista, consideran que ciertos tipos de comportamientos —tales como dirigir intencionalmente ataques contra la población civil o torturar prisioneros de guerra— son crímenes de guerra sin importar quién sea el autor, estas difieren en un punto de particular importancia: a diferencia de los teóricos ortodoxos, el enfoque revisionista sostiene que la simple participación en una guerra injusta es moralmente incorrecta, e incluso asimilable a la participación en un homicidio.[5]

Esta postura parece distanciarse de la concepción jurídica actual de los crímenes de guerra. Sin embargo, es de creciente relevancia y atractivo en un mundo de conflictos armados asimétricos, cuya violencia tiende a la ubicuidad y que son caracterizados por el movimiento de individuos a través de las fronteras nacionales.[6] Considérese, por ejemplo, el caso de un ex combatiente del Estado Islámico de Irak y el Levante (ISIS) que aterriza en el aeropuerto de Bruselas, o de una reclutadora que trabaja en los suburbios de Madrid. ¿Acaso no son sus actos moralmente incorrectos y merecedores de una sanción penal? ¿No deberían estar habilitadas las autoridades nacionales a juzgarlos y castigarlos por ser partícipes en este tipo de emprendimiento colectivo? Y en caso de que así sea, ¿deben estos individuos ser juzgados a la luz del derecho penal nacional o del derecho internacional? Hoy en día, este tipo de conductas son juzgadas bajo el derecho interno como delitos comunes y generalmente calificadas como participación en actividades terroristas.[7] El problema radica en que, en general, la jurisdicción penal del Estado que pretende juzgar la

[3] J. McMahan, *Killing in War* (2009); D. Rodin, *War and Self-Defense* (2002); y C. Fabre, *Cosmopolitan War* (2012).

[4] En este punto es necesaria una clarificación. No proveeré una explicación de cuándo o por qué un daño moral debería ser criminalizado. Esta es una cuestión debatible en la teoría del derecho penal interno que no parece esencial a los fines de nuestra investigación, en tanto la mayoría de las conductas que consideraré aquí satisfacen los requisitos para ser criminalizadas bajo cualquier enfoque. Así, en lugar de centrarme en si este es el tipo de conducta que debería ser criminalizada, la pregunta es respecto de las condiciones bajo las cuales una conducta deberá ser criminalizada.

[5] Véase Sección 2, *infra*.

[6] Véase, en general, M.L. Gross, *Moral Dilemmas of Modern War: Torture, Assassination, and Blackmail in an Age of Asymmetric Conflict* (2010).

[7] Véase Sección 5, *infra*.

conducta en cuestión no tiene base alguna, pues muchas veces el hecho no se ha llevado a cabo en el territorio de ese Estado, no ha sido perpetrado por sus nacionales ni contra ellos y no hay un interés soberano comprometido por la mencionada conducta.[8]

En contraposición, este trabajo sugiere que, normativamente, resultaría adecuado que las cortes o los tribunales nacionales (y, posiblemente también, internacionales) juzguen a estos individuos como criminales de guerra, incluso en caso de no haber estado personalmente involucrados en la ejecución intencional de civiles, la comisión de crímenes sexuales, tortura u otros crímenes de guerra "tradicionales". Propongo que el solo hecho de contribuir a una empresa moralmente aberrante del tipo aludido basta para considerarlos moral e incluso penalmente responsables por sus conductas o aportes a esa empresa.

En consecuencia, formulo dos propuestas. En primer lugar, defiendo una versión particular de la posición revisionista, que afirma que aquellos actos subyacentes que constituyen una forma de participación en una guerra injusta son pasibles de ser castigados, siempre y cuando esta sea manifiestamente injusta o el participante tenga conocimiento de su injusticia. Tal postura no solo es compatible con la idea central de la posición revisionista —de hecho, sigue las ideas de Suárez, Vitoria y Grocio— sino que coincide con lo que entendemos como conductas criminales en general.[9] En segundo lugar, argumento que esta posición moral no requiere una modificación sustancial del derecho existente, e incluso es más compatible con el marco jurídico vigente que la posición ortodoxa y que las demás variantes de la posición revisionista. De hecho, propongo una interpretación novedosa de este marco jurídico, con ajustes mínimos que permitirán ponerlo en línea con nuestras convicciones morales básicas.

Este artículo está organizado de la siguiente manera. La sección 2 expone las principales ideas de la posición revisionista en la teoría de la guerra justa, así como qué es lo que esta implica para la identificación de conductas moralmente incorrectas en un conflicto armado. En la sección 3, examino en qué casos estas conductas deben ser criminalizadas a la luz de consideraciones morales o de justicia. En tal sentido, critico la postura revisionista radical de Cécile Fabre, en tanto resulta sobre-inclusiva, y presento mi propio argumento revisionista basado en argumentos empíricos y

[8] Véase A. Chehtman, "Jurisdiction", en M.D. Dubber and T. Hornle (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law* (2014), p. 399.
[9] Véase Sección 3, *infra*.

normativos. La sección 4, por su parte, responde a seis objeciones a la posición que defiendo, formuladas por Jeff McMahan. En la sección 5, explico cómo el argumento normativo propuesto en este artículo es en gran medida compatible con el modo en que la responsabilidad penal individual está jurídicamente regulada en contextos de conflicto armado. También propongo ciertas modificaciones al derecho, a fin de que esta sea más acorde con los principios morales en los que se basa. La sección 6 presenta la conclusión.

II. La posición revisionista y la noción de conducta moralmente incorrecta en la guerra

Los teóricos revisionistas de la guerra justa sostienen que hay continuidad entre la moralidad cotidiana, interpersonal, y la moralidad de la guerra.[10] Las situaciones de conflicto armado son situaciones interpersonales a gran escala, cuya mayor diferencia es la cantidad de personas involucradas y el nivel de coordinación de sus acciones. En consecuencia, al igual que un agresor y su víctima inocente, los combatientes justos e injustos también están en posiciones moralmente asimétricas.[11] Para simplificar, estableceré que toda guerra justa debe reunir los requisitos siguientes: (i) tener una causa justa, la cual consiste en la violación de derechos humanos fundamentales de una parte, seguida de la amenaza de uso de fuerza letal; (ii) ser una respuesta proporcionada a la injusticia que esa parte está sufriendo o sufrirá; (iii) no consistir en ataques deliberados e indiscriminados contra no combatientes inocentes; (iv) tener una perspectiva razonable de éxito con tácticas militares que no contravengan los requisitos de proporcionalidad y distinción, establecidos por el *jus in bello*; y (v) que no haya una forma menos lesiva de perseguir la causa justa (*ultima ratio*).[12]

Este punto de partida conlleva un desafío al principio de separación entre consideraciones *ad bellum* y consideraciones *in bello*. Los teóricos revisionistas normalmente sostienen que las

[10] Véase, por ejemplo, McMahan, *supra* nota 3.

[11] Esto se encuentra sujeto a varias consideraciones. A algunos de los combatientes en una guerra injusta, cuya responsabilidad se encuentra mitigada por ignorancia o coerción, y a aquellos que contribuyen muy poco o nada a los propósitos injustos, no se les podrá dar muerte. Al contrario, aquellos que pelean con una causa justa, pero que lo hacen por medios injustos o exceden su derecho de defensa, podrán ser susceptibles de ser atacados. No agregaré nada más respecto de este punto aquí.

[12] Sigo aquí a Fabre, *supra* nota 3. Véase, en similar sentido, T. Hurka, "Proportionality in the Morality of War", (2004) 33(1) *Philosophy and Public Affairs*, p. 34, Sección 1; McMahan, *supra* nota 3.

consideraciones *ad bellum* tienen una gran influencia para la correcta aplicación de las reglas *in bello*.[13] Sin embargo, no suele aclararse que esta influencia normativa opera en ambos sentidos. Tal como fue indicado, una de las condiciones necesarias para que una guerra sea justa es que no consista en ataques deliberados e indiscriminados a no combatientes inocentes (conf. punto iii *supra*), es decir, que cumpla los principios fundamentales *in bello*.[14] En consecuencia, me referiré como guerra injusta a aquella que no satisface ya sea los requisitos *ad bellum* o *in bello*, o ambos.

La postura revisionista así descrita afecta en forma significativa qué constituye una conducta incorrecta en la guerra. Como señala Cheyney Ryan, Agustín ya sugería en sus escritos que "aquellos soldados que peleaban en una guerra injusta eran asimilables a criminales, por lo que no tenían más derecho a cometer actos violentos que un criminal común, [mientras que] aquellos que peleaban en el lado justo eran como jueces, pues ajusticiaban a los criminales".[15] Esto significa que mientras que aquellos que pelean en el bando justo no cometen incorrección moral alguna al matar a combatientes injustos (de hecho, en general estarían actuando con una justificación positiva), aquellos que pelean una guerra injusta estarían violando los derechos de los combatientes justos al matarlos.[16]

Esta visión afecta en forma directa los principios fundamentales *in bello*, es decir, los de distinción, necesidad y proporcionalidad. El principio de distinción conlleva la prohibición de dirigir intencionalmente ataques contra la población civil y bienes civiles, o bien que estos ataques solo estén dirigidos contra objetivos militares legítimos.[17] En consecuencia, este principio trasluce un riguroso deber moral de no dañar intencionalmente a quienes no pueden ser objeto de ataque,

---

13 McMahan, *supra* nota 3, p. 203 y notas al pie de página.

14 Véase, por ejemplo, C. Fabre, *Cosmopolitan Peace* (2016), sección 7.3.

15 C. Ryan, "Democratic Duty and the Moral Dilemmas of Soldiers", 2011 122(1) *Ethics* 10, p. 15. [Orig.: '[s]oldiers fighting an unjust war were akin to criminals, who had no more right to commit violent acts than an ordinary criminal [while] soldiers on the just side were like magistrates bringing the criminal to justice'].

16 Véase, por ejemplo, S. Neff, *War and the Law of Nations* (2005), p. 63, citando a F. Suárez, *A Work on the Three Theological Virtues: Faith, Hope, and Charity* (1958), p. 813.

17 Ver *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Opinión Consultiva, 8 de julio 1996, [1996] ICJ Rep. 226, parág. 78; Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), 8 junio 1977, 11 UNTS 3, Arts. 48, 51(2), y 52(2) (en adelante Protocolo adicional I o PA I); Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), 8 junio 1977, 1125 UNTS 609, Art. 13(2) (en adelante, Protocolo adicional II o PA II).

mientras que, al mismo tiempo, considera permitido moralmente atacar a quienes son pasibles de ser atacados. La cuestión central aquí es quiénes son sujetos moralmente pasibles de ser atacados en la guerra. Para la posición revisionista, ser susceptible de ser atacado no depende de la pertenencia formal de un combatiente al ejército de uno de los beligerantes, sino más bien de que ese combatiente sea moralmente responsable de una amenaza objetivamente injusta.[18] Como resultado, la interpretación revisionista del principio de distinción permitiría atacar a quienes pelean una guerra injusta, pero prohibiría atacar intencionalmente a quienes lo hacen para el bando justo.[19]

El principio de necesidad también se ve afectado de una forma similar. Como mínimo, este principio prohíbe el recurso a métodos de combate que no sean necesarios para asegurar los objetivos de la guerra.[20] No obstante, si por hipótesis los objetivos de la guerra son moralmente injustos, entonces cualquier acto que sea necesario para asegurar tales objetivos también debería estar moralmente prohibido. Esto es, un daño que sea necesario solo para obtener un objetivo moralmente injusto no puede estar moralmente justificado. Por consiguiente, la posición revisionista considera que una interpretación más acertada del principio de necesidad militar se encontraría formulada en los siguientes términos:

"que aquellos actos de guerra que afectan a individuos inocentes como daño colateral están prohibidos si hay una alternativa que afectaría en menor medida a tales individuos y que serviría en igual o mayor medida a alcanzar el objetivo justo".[21]

---

[18] J. McMahan, "The Basis of Moral Liability to Defensive Killing", (2005) 15(1) *Philosophical Issues*, p. 386.

[19] Puede ser discutido que haya excepciones a esta posición general (como el caso de un individuo que pelea en una guerra objetivamente injusta, pero que utiliza la fuerza para, en forma justificada, prevenir un ataque particularmente dañoso por parte de quien pelea por una causa justa, o cuando una guerra está justificada por cuestiones de mal menor), pero no son particularmente relevantes para nuestros propósitos.

[20] Ver Art. 4 del Código Lieber (Instrucciones del Gobierno para los Ejércitos de los Estados Unidos en el campo de batalla), Orden General N.º 100, Art. 14 (24 de abril de 1863). Para un análisis exhaustivo de este principio, véase L. May y J. Ohlin, *Necessity in International Law* (2014). Para un análisis más exigente, véase Y. Beer, "Humanity Considerations Cannot Reduce War's Hazards Alone: Revitalizing the Concept of Military Necessity", (2015) 26(4) *European Journal of International Law*, p. 801. Para un análisis filosófico, véase S. Lazar, "Necessity in Self-Defense and War", (2012) 40(1) *Philosophy and Public Affairs*, p. 3.

[21] J. McMahan, "War Crimes and Immoral Action in War", en A. Duff y otros (comps.), *The Constitution of Criminal Law* (2013), p. 151 y 160. [Orig.: "that an act of war that would harm innocent people as a side

En consecuencia, mientras los actos del beligerante justo pueden satisfacer el requisito de necesidad, los del beligerante injusto normalmente no podrán hacerlo.

Por último, la posición revisionista tiene un impacto importante en el principio de proporcionalidad que rige *in bello*. Tal principio exige que el daño que un acto de guerra pueda potencialmente causar no sea excesivo con respecto a la ventaja militar que pueda reportar.[22] Es decir, prohíbe un ataque que pueda causar daño incidental a civiles, cuando este resultaría excesivo en relación con la ventaja militar concreta y directa que pueda anticiparse de tal ataque.[23] Pero si un acto es llevado adelante con un objetivo injusto, entonces es lógico que este nunca pueda satisfacer el requisito de proporcionalidad. Esto es un corolario del simple hecho de que de una campaña militar injusta no puede derivarse ningún bien que pueda justificar el daño que el ataque causará. Esto es particularmente así puesto que los combatientes que pelean en el bando justo generalmente no son moralmente pasibles de ser atacados. Por consiguiente, quienes persiguen objetivos injustos tampoco podrán satisfacer el requisito de proporcionalidad.

Para sintetizar, si los revisionistas están en lo cierto, aquellos actos de quienes pelean en una guerra injusta, que dañan o ponen en peligro a los combatientes del bando justo (así como a los no combatientes), resultarán violatorios de los más fundamentales principios *in bello*.[24] Esto significa que los revisionistas redefinen en forma radical lo que implica actuar en forma moralmente incorrecta en un conflicto armado.

---

effect is impermissible if there is an alternative act that would cause less harm to innocent people and make an equal or greater contribution to the achievement of a just or justifying aim"].

[22] Véase Protocolo adicional I, Art. 51(5)(b). Véase también J. McMahan, "Proportionate Defense", (2014) 23 *Journal of Transnational Law &Policy* 1, pp. 6–7.

[23] El principio de proporcionalidad en los ataques está codificado en el Art. 51(5)(b) del PA I, y luego reiterado en el Art. 57. "*While Additional Protocol II does not contain an explicit reference to the principle of proportionality in attack, it has been argued that it is inherent in the principle of humanity which was explicitly made applicable to the Protocol in its preamble and that, as a result, the principle of proportionality cannot be ignored in the application of the Protocol*". (Si bien el Protocolo adicional II no contiene una referencia explícita al principio de proporcionalidad en los ataques, se ha sostenido que es inherente al principio de humanidad, el cual es expresamente aplicable al Protocolo de acuerdo con su preámbulo y, en consecuencia, el principio de proporcionalidad no puede ser ignorado al aplicar el Protocolo) J-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* (2005), vol. I: Rules, p. 48.

[24] Excepto el de autoridad legítima, que es independiente del requisito de una causa justa, pero que es cuestionado por algunos teóricos revisionistas de la guerra justa.

III. De la incorrección moral a la criminalización

Cécile Fabre, una de las referentes más prominentes de la posición revisionista, ha defendido recientemente una visión según la cual aquellos que participan en una guerra injusta son moramente pasibles de ser castigados por matar a soldados que pelean en el bando justo (así como por matar incidentalmente a civiles), es decir, por participar en una guerra objetivamente injusta. Haciendo eco de la doctrina de Agustín, sugiere que mientras que matar o herir a aquellos que pelean en una guerra injusta no debería ser considerado un crimen, matar a aquellos del lado justo sí debería serlo, "en la misma medida en que es un crimen matar a alguien sin una justificación en el ámbito local".[25] Aun más, no solo los líderes políticos y los jefes militares deberían ser susceptibles de castigo por este tipo de actos, como es el caso del crimen de agresión, sino también soldados de rangos inferiores.[26] En consecuencia, sostiene que la conceptualización dominante de los crímenes de guerra en el derecho internacional actual es fundamentalmente sub-inclusiva y que el derecho debería modificarse para incorporar esta posibilidad.

Cabe reconocer que Fabre no cree que debamos simplemente equiparar a todos aquellos individuos que pelean en una guerra injusta con criminales de guerra. Ella limita esta implicancia radical de la posición revisionista en al menos un punto relevante para nuestros propósitos. Sostiene que la pasibilidad de ser objeto de ataque y la pasibilidad de ser castigado se basan en consideraciones diferentes.[27] Esto es, matar defensivamente es un acto que mira hacia el futuro, en tanto el agente intenta bloquear una agresión existente o inminente. El castigo, por el contrario, mira generalmente hacia atrás; es una respuesta a un mal pasado. En consecuencia, la criminalización de una conducta requiere una justificación específica para aplicar un castigo al agente.

Concuerdo. Tal como he sostenido en otro lugar, existen buenas razones para pensar que los alcances de la criminalización de una conducta están determinados en gran medida por las razones

[25] Fabre, *supra* nota 14, sección 7.3 *in fine*. [Orig.: "in just the same way as it should be a criminal offence in domestic context to kill someone without justification"].
[26] Ibid.
[27] Ibid., sección 7.2.2.

que tenemos para castigar.[28] Podemos asumir aquí, junto con buena parte de la doctrina contemporánea, una justificación del castigo basada en ideas expresivistas o comunicativas.[29] El valor moral del castigo radica en reflejar que el individuo ha cometido una incorrección grave, y como tal, debe ser condenado por su accionar. Esto significa que, a diferencia de la pasibilidad de ser atacado, la pasibilidad de ser castigado debe ser producto de un actuar culpable. Esto es, la sanción penal exige que el individuo satisfaga el elemento subjetivo de la conducta en cuestión (el tipo subjetivo o *mens rea*). Sobre la base de esta consideración, es dable suponer que un pequeño número de participantes en una guerra injusta estarían claramente exentos de responsabilidad penal. Tal sería el caso, por ejemplo, de individuos que se encuentran privados de su autonomía, tal como es el caso de niños soldados, o de los dementes o seniles. Ellos no serían susceptibles de ser castigados.

Más allá de esta excepción, la cuestión central aquí será determinar si aquellos que pelean en un conflicto armado deben tener la intención de contribuir a la guerra injusta, si es suficiente con que sepan que están contribuyendo a tal empresa, o aun más, que fuese razonable o exigible que supieran. Fabre concluye que hay buenas razones para "rechazar las posturas que requieren intención o conocimiento a los fines de la imposición de una pena en estos casos".[30] En efecto, la mejor solución parece ser aquella que atribuye responsabilidad penal al soldado A (y lo hace pasible de ser sancionado) sobre la base de que era razonable esperar que supiese que la guerra era injusta.[31]

Por consiguiente, sería suficiente a los fines de la responsabilidad penal que el acusado supiese que la guerra era injusta o que fuese exigible que supiera. En este contexto, el problema crítico es si los soldados rasos satisfacen este estándar de *mens rea*, es decir, si saben o deberían razonablemente saber que están participando en el asesinato ilegal de quienes están peleando en

28 Véase A. Chehtman, The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment (2010), capítulo 3.
29 Fabre, *supra* nota 14, sección 7.2.2. He abogado por una justificación similar en la nota 28, *supra*, en el capítulo 2. Para articulaciones seminales, ver J. Feinberg, "The expressive function of Punishment", en J. Feinberg, *Doing & Deserving: Essays in the Theory of Responsibility* (1974); A. Duff, *Punishment, Communication, and Community* (2001).
30 Fabre, *supra* nota 14, sección 7.4.1. [Orig.: "reject the views that intentions or actual knowledge are necessary requirements for fault and therefore for liability to punishment"]
31 Ibid.

una guerra objetivamente justa cuando se les dice, por ejemplo, que invadan otro país.[32] Si lo saben o no, es una cuestión de hecho que deberá ser determinada en un juicio. No examinaré este asunto aquí. La pregunta más importante para nosotros es cuándo podemos aseverar que los combatientes estaban obligados a saber (incluso si, de hecho, no sabían) que la guerra era injusta. Es en este punto que me distancio de la postura revisionista de Fabre.

Ella introduce un análisis bifurcado. Reconoce que sería poco probable que los individuos que viven bajo un régimen opresivo en el que ni los soldados rasos ni los civiles tienen acceso a medios de comunicación abiertos y libres, puedan saber que la guerra es injusta. No obstante, esto "no es cierto en regímenes abiertamente democráticos".[33] "Los individuos que son parte de estos regímenes deben hacer todo lo que sea razonablemente esperable de ellos para informarse sobre la justicia de la guerra (o parte de la guerra) en la que se les pide pelear o apoyar".[34] Aun más, en estos supuestos, Fabre rechaza cualquier posibilidad de que la responsabilidad del soldado pueda ser desplazada por un caso de "órdenes superiores" o por la llamada "objeción de limitaciones epistémicas", que sostiene que, dado el limitado acceso a información que los soldados rasos y los civiles que contribuyen al esfuerzo bélico, no se les puede exigir razonablemente que sepan que están tomando parte en una guerra injusta.[35]

Esta posición conlleva una postura revisionista radical respecto del derecho en materia de crímenes de guerra, pues aboga por la criminalización de un gran número de individuos solo sobre la base de su participación en una guerra objetivamente injusta. Considero, en cambio, que adoptar una postura revisionista no necesariamente implica una interpretación tan radical. Si nos tomamos en serio un requisito subjetivo (*mens rea*) que exija dolo, o al menos una conducta violatoria de los deberes de cuidado,[36] esto conllevaría una concepción sensiblemente más restrictiva de la conducta criminal en conflicto armado. La razón de ello es que son relativamente pocos los participantes en una guerra objetivamente injusta a los que se les puede exigir conocimiento, o que al menos se les pueda exigir moralmente que sepan que la guerra es objetivamente injusta. Esta postura se basa en un argumento teórico y en uno empírico.

[32] Ibid.
[33] Ibid., sección 7.4.2. [Orig.: "this does not hold for broadly democratic regimes"].
[34] Ibid. [Orig.: "[I]ndividuals under these regimes can reasonably be expected to do as much as they can to inform themselves of the justness of the war (or phase of war) which they are asked to fight and support"].
[35] Ver Walzer, *supra* nota 2, p. 312.
[36] Véase, por ejemplo, A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (2009), capítulo. 5.

Desde una perspectiva teórica, entiendo que el rechazo *in límine* de Fabre a la defensa de "órdenes superiores" es equivocado.[37] Si bien ella evita justificar su posición en forma explícita, indica que los soldados o combatientes "no son autómatas que pueden ser exonerados de las cargas de la autonomía moral cuando se ponen el uniforme".[38] Considero, en cambio, que a los efectos de analizar la defensa de órdenes superiores debemos tomar en consideración el tipo o fundamento de la autoridad en cuestión, y el tipo de orden que esa autoridad emite. Es decir, si la orden es ejecutar a niños inocentes, entonces la defensa de órdenes superiores no puede prosperar. Pero la orden de matar a un individuo inofensivo podría constituir una razón para la acción razonable. Consideremos el caso siguiente:

Orden: Al agente policial A le ordenan detener a X. En el curso de la operación, el superior de A, quien tiene una visión total sobre la situación, además del deber de controlar cómo se lleva a cabo, le informa a A que X está armada y que está a punto de matar a Z. Entonces le ordena a A dispararle a X. A dispara y mata a X. No obstante, X no estaba armada ni estaba amenazando a Z de ninguna manera. A fue engañado por su superior.

Parece claro que en este caso A no debe ser castigado por haber matado a X. Su acción no merece reproche alguno y la razón de ello es que actuó sin culpa. Este ejemplo ilustra que hay situaciones en que las órdenes superiores son compatibles con un ejercicio racional de la autonomía y esto podría eximir a aquellos que pelean en una guerra objetivamente injusta de todo reproche moral y penal.[39] En efecto, ya Vitoria reconocía que, incluso en casos en los que una de las partes tenía una causa justa y la otra no, podría darse el caso de que ambas partes estuvieran actuando de buena fe y, por lo tanto, actuasen libres de culpa.[40]

---

[37] Creo que esto es cierto como cuestión de teoría normativa y como cuestión de derecho. Lidio aquí con la primera cuestión, y con órdenes superiores en derecho internacional en la Sección 5, *infra*.

[38] Fabre, *supra* nota 14, sección 7.4.2. [Orig.: "are not automatons who are exonerated from the burdens of autonomous moral agency once they put on their uniform"].

[39] Si bien ejemplifico esta posición con un error de hecho razonable causado por la intervención de una autoridad legítima, el mismo argumento sería aplicable, bajo ciertas circunstancias, a errores de derecho, aunque esto sería más difícil. Esto fue discutido en forma reciente por la Corte Suprema de Israel en *HCJ 1971/15 Al-Masri v. The Chief Military Advocate General*. Sin embargo, este asunto excede el ámbito de este artículo.

[40] F. de Vitoria, "On the American Indians", en A. Pagden and J. Lawrance (eds.), *Political Writings* (1991) 231, pp. 282–3. Grocio llegaba a una conclusión similar en la que sostenía que las situaciones de duda

No obstante, las intuiciones pueden no alcanzar para dirimir este punto; parece sensato exigir algún tipo de argumento para alcanzar esta conclusión. En línea con el ejemplo anterior, varios teóricos de la guerra justa han argumentado que aquellos soldados que actúan bajo las órdenes de una autoridad legítima (en general, democrática) tienen el deber de pelear incluso en una guerra objetivamente injusta. Hay diferentes justificaciones para este "deber ciudadano", pero el corolario de tal posición es que pelear en una guerra de este tipo es moralmente correcto, a fin de cuentas.[41] Este argumento es especialmente relevante para nuestros fines, en la medida en que el tipo subjetivo o *mens rea* cumple un rol central en la responsabilidad penal. En efecto, en una gran cantidad de casos, los participantes en un conflicto armado, a diferencia de los criminales comunes, actúan en el marco de una estructura institucional. Esta característica incide en la forma en que debemos evaluar su conducta.

Joseph Raz, por ejemplo, ha argumentado que la razón por la cual los individuos deberán cumplir una orden emanada de una autoridad es que cumplir esa orden les permitirá cumplir mejor con razones que, objetivamente, se les aplican si siguen la directiva de la autoridad, que si tratan de seguir esas razones ellos mismos.[42] Esta tesis normativa está conectada con la principal implicancia teórica de reconocer a alguien como una autoridad legítima: proporciona a los que están sujetos a ella motivos de acción independientes del contenido de la directiva; estas razones para la acción no serán meramente añadidas a otras razones, sino que tienen un tipo de estatus especial, protegido.[43] Esto significa que las órdenes emitidas por una autoridad pueden ser obligatorias, incluso si son equivocadas.[44] La decisión de ir a la guerra implica normalmente un

invencible resultaban suficientes para poner a ambos beligerantes en una posición relativamente simétrica. Véase Neff, *supra* nota 16, p. 99.

[41] Para diferentes versiones de este argumento, véase D. Estlund, "On Following Orders in an Unjust War", (2007) 15(2) *The Journal of Political Philosophy*, p. 213; Ryan, *supra* nota 15; y más reciente M. Renzo, "Duties of Citizenship and Just War" (aún sin publicar, manuscrito en poder del autor).

[42] Véase J. Raz, *The Morality of Freedom* (1988), p. 53; J. Raz, "The Problem of Authority", (2006) 90 *Minnesota Law Review* 1003, p. 1014. Utilizo a Raz por simplicidad. Mi argumento también funcionaría, si bien con distinto alcance, con muchas otras concepciones contemporáneas de autoridad.

[43] Raz agumenta que las directivas emanadas de una autoridad son anteriores al proceso de decisión individual; Raz, *The Morality of Freedom*, *supra* nota 42, p. 46. No necesito adoptar una noción tan demandante de órdenes emanadas de autoridad. Creo que la conceptualización que Raz formula de la autoridad es compatible con nociones menos rígidas de razones protegidas, tales como razones *prima facie* o *pro tanto* para actuar. Para una defensa reciente de esta postura ver Renzo, *supra* nota 41.

[44] Raz, *The Morality of Freedom*, *supra* nota 42, pp. 47–8.

juicio complejo que, a su vez, depende de información confidencial, así como de evaluaciones fácticas y normativas delicadas. Es el tipo de decisión que —convengamos— conviene dejar a cargo de una autoridad centralizada. En consecuencia, los soldados rasos están *pro tanto* obligados por la decisión de esa autoridad legítima, incluso si esta es, en última instancia, equivocada (por ejemplo, si la guerra es objetivamente injusta).

Esta conclusión debe ser recortada en tres sentidos. En primer lugar, no resultaría aplicable respecto de autoridades ilegítimas, es decir, aquellas que los individuos no están moralmente obligados a obedecer. En general, regímenes despóticos o grupos armados opresivos no estarían cubiertos por este argumento. En segundo lugar, el deber ciudadano no se aplica a aquellos individuos que, sabiendo que la guerra es injusta, participan en forma voluntaria. Como sugiere el caso de la *Orden*, este argumento no sería aplicable a líderes y altos mandos militares. Por último, casi todos los defensores del deber ciudadano concuerdan en que a veces no solo es permisible, sino obligatorio, desobedecer la orden de ir a la guerra, aun cuando provenga de una autoridad legítima. El deber de ciudadanía es solo un deber *pro tanto* y puede ser dejado de lado en circunstancias tales como cuando la guerra es "una aberración",[45] "completamente irracional o insincera",[46] o como mínimo cuando aquellos que pelean están suficientemente convencidos de que la guerra es injusta.[47]

La concepción de la autoridad como servicio (y casi cualquier idea de autoridad legítima basada en motivos epistémicos o instrumentales) provee una forma razonable de tomar en cuenta esta intuición. Raz reconoce que las razones protegidas pueden ser vencidas, superadas, canceladas, e incluso excluidas.[48] En este contexto, se puede distinguir entre errores grandes (que pueden dar lugar a directivas obligatorias) y errores manifiestos (que no podrían dar lugar a directivas obligatorias).[49] En el caso de errores manifiestos, para los soldados sería obligatorio desobedecer.

Para concluir, entonces, en aquellos casos en que la guerra no es manifiestamente ilegal, los que luchan a las órdenes de un régimen legítimo tienen un deber *pro tanto* de pelear. Este deber da

[45] Ryan, *supra* nota 15, p. 30, 32.
[46] Estlund, *supra* nota 41, p. 232.
[47] Renzo, *supra* nota 41, p. 17.
[48] J. Raz, *Practical Reasons and Norms* (1999), p. 47.
[49] Raz, *The Morality of Freedom*, supra nota 42, p. 62.

cuenta de que, aun si están peleando en una guerra objetivamente injusta, no cumplirían el *mens rea* requerido, en tanto resulta difícil sostener que moralmente se les podría exigir que supieran que la guerra es injusta. De hecho, su posición epistémica no puede ser fácilmente distinguida de la de aquellos combatientes que pelean en una guerra objetivamente justa, pues en la mayoría de las circunstancias, y a menos que la guerra pueda ser considerada manifiestamente justa, estos últimos también estarían basando su acción en el juicio de las autoridades pertinentes. En casi todos los casos, será difícil para cualquiera de los beligerantes (justo o injusto) tener absoluta certeza acerca de la justicia de su causa, y de que la guerra es necesaria y proporcional.

Este primer argumento teórico se complementa con un segundo elemento empírico. A saber, hay razones de peso para considerar la llamada "objeción epistémica", que sugiere que no es dable esperar razonablemente que los soldados rasos y los ciudadanos "de a pie" sepan que están participando en la matanza ilegítima de combatientes (justos) inocentes. Aun si aceptamos que los individuos que viven en regímenes democráticos deben hacer todo lo que esté a su alcance para informarse acerca de la justicia de la guerra, los obstáculos que los soldados rasos enfrentan a la hora de obtener información empírica certera, son mucho más serios de lo que se piensa. Si bien uno supondría que estas limitaciones son propias de regímenes opresivos o no democráticos, considero que estas también ocurren en democracias abiertas y liberales. Es más, la razón no es que la información sobre la causa de la guerra sea secreta o clasificada, ni que implique un complejo juicio, al menos no principalmente. La razón es mucho más simple, pero también más profunda.

En estudios empíricos recientes se ha demostrado que nuestra capacidad cognitiva, es decir, nuestra percepción de los hechos, está generalmente condicionada por sucesos o elementos que se encuentran fuera de nuestro control. Esto se da incluso en contextos en que la gente tiene pleno acceso a la información.[50] Joshua Greene sostiene que es en gran medida producto de los sesgos cognitivos. Un tipo de sesgo es el autointeresado: cuando los hechos son ambiguos, la gente suele favorecer una interpretación que esté alineada con sus propios intereses. Los fanáticos del deporte experimentan este tipo de reacción frente a decisiones controvertidas de los réferis, por ejemplo. De forma similar, hay otro tipo de sesgo que nos hace mucho más sensibles al dolor o sufrimiento que alguien nos causa a nosotros mismos que al dolor que otros sufren a causa de nuestras

50 J. Greene, *Moral Tribes: Emotion, Reason and the Gap Between Us and Them* (2013), capítulo 3.

acciones. Este sesgo tiende a llevar a escaladas en un conflicto.[51] Pero a los fines de esta investigación, resulta crítico que las percepciones de la gente también se encuentran condicionadas por compromisos políticos, sociales o morales que han asumido como individuos, o como parte de una "tribu" a la que pertenecen. Este proceso se ve reforzado por las influencias informativas y reputacionales que afectan tanto nuestros juicios fácticos como políticos y que pueden llevar a la polarización de un grupo, e incluso a la formulación de teorías conspirativas.[52]

Greene expone este problema a través de un ejemplo que resulta particularmente esclarecedor para nuestros fines. Argumenta que el hecho de que muchos de los críticos de la invasión de Estados Unidos a Irak en 2003 no pudieran entender por qué tantos estadounidenses apoyaron la guerra, es producto de no apreciar que "una gran mayoría de estadounidenses creía en ese momento que Saddam Hussein había estado personalmente involucrado en los ataques del 9/11".[53] De la misma manera, la mayoría de la gente en Jordania, Egipto y los territorios palestinos creían que no había sido Al Quaeda quien había estado detrás de los ataques (sino probablemente los propios Estados Unidos o Israel). Este tipo de fenómeno también se puede apreciar en otras esferas, como es el caso del cambio climático o los mecanismos para lidiar con desechos nucleares, entre otros.[54] Ciertas propuestas fácticas que pueden ser claramente erróneas para los expertos, pueden resultar intuitivamente correctas para los legos. De hecho, Greene argumenta que una vez que las creencias falsas se vuelven "parte del imaginario social, resulta extremadamente difícil cambiarlas y ya no se trata de educar o informar a la gente".[55] En consecuencia, tener pleno acceso a información pública confiable no es suficiente para que los individuos estén al tanto de las consideraciones fácticas relevantes, en este tipo de escenarios tan politizados. Por ello, es difícil que los soldados rasos (en general, jóvenes de un determinado Estado que provienen de una situación socio-económica poco privilegiada) puedan estar en condiciones de determinar la injusticia de una guerra con un grado de certeza tal que resulte para ellos no permisible participar en el conflicto armado.

---

51 Ibid.

52 C. Sunstein, "The Law of Group Polarization", (2002) 10(2) *The Journal of Political Philosophy*, p. 175.

53 Greene, *supra* nota 50. Ver también C. Sunstein and A. Vermeule, "Conspiracy Theories: Causes and Cures", (2009) 17(2) *The Journal of Political Philosophy* 202. [Orig.: "a majority of Americans at the time believed that Saddam Hussein had been personally involved with the [9/11] attacks"].

54 Greene, *supra* nota 50.

55 Ibid. [Orig.: "culturally entrenched . . . [they] are very difficult to change, and changing them is no longer simply a matter of educating [or providing information to] people'"].

Sobre la base de los dos argumentos que se propusieron en esta sección —el normativo y el empírico— resulta dudoso entonces que, aun desde una perspectiva revisionista, aquellos que pelean una guerra objetivamente injusta sean generalmente pasibles de recibir una sanción penal, en tanto no reunirán el *mens rea* exigido. En contraposición, solo aquellos que pelean en una guerra manifiestamente injusta, o que saben que es injusta, pueden ser pasibles de ser reprochados. Resulta interesante que Agustín, Vitoria y Suárez propusieran un estándar similar al argumentar que se espera que los soldados peleen, a menos que "la guerra sea evidentemente injusta".[56] Vitoria incluso agregó que si la guerra es manifiestamente injusta, "el individuo no debe pelear, incluso si su rey lo ordena, pues uno no puede matar a una persona inocente bajo ningún tipo de autoridad y, en este caso, el enemigo es inocente".[57]

En este contexto, el hecho de que una guerra sea peleada manifiestamente sin una causa justa, o utilizando medios y métodos de combate claramente desproporcionados, así como también cuando se utilizan violaciones sistemáticas como arma de guerra, o ataques dirigidos contra civiles desarmados, cualquiera de estas características sería suficiente para requerir que aquellos que pelean en una guerra de este tipo sean conscientes del gran mal moral que están causando o contribuyendo a causar. Para ejemplificar, un soldado que pelea en Polonia para los nazis, o en Hungría para los Soviéticos, un integrante de ISIS que pelea en Siria o Irak, o un guerrillero que pelea para un líder sanguinario como Joseph Kony en Uganda, o Jean Pierre Bemba en la República Centroafricana, serían, todos ellos, pasibles de ser castigados desde una perspectiva puramente normativa. Considero que, en cada una de estas situaciones, formar parte de las fuerzas que ejecutan a civiles inocentes y que abiertamente violan derechos humanos fundamentales no solo debe ser considerado moralmente reprochable, sino que debe ser criminalizado.[58] Esto sería

56 Neff, *supra* nota 16, p. 57 (y sus referencias en la nota al pie de página 62). [Orig.: "the cause in which they were enlisted was patently unjust"].

57 F. de Vitoria, "On the law of war", en A. Pagden and J. Lawrence (eds.), *Political Writings* (1991), 293 p. 307, citado en Estlund, *supra* nota 41, p. 214. [Orig.: "the subject … must not fight, even if he is ordered to do so by the prince. This is obvious, since one may not lawfully kill an innocent man on any authority, and in the case we are speaking of the enemy must be innocent"].

58 Tal como indiqué en la Sección 2, *supra*, que tal guerra viole sistemáticamente reglas *in bello*, resultaría suficiente para convertirla en manifiestamente injusta o moralmente aborrecible.

así más allá de la existencia de una prensa abierta, o de cualquier otra precondición necesaria para una deliberación pública robusta.[59]

IV. La moralidad in bello frente al derecho sobre crímenes de guerra

Incluso dentro del campo revisionista, algunos rechazarían mi conclusión anterior. Jeff McMahan, por ejemplo, cree que hay argumentos contundentes para rechazar la criminalización de la participación en una guerra objetivamente injusta.[60] En cambio, propone un derecho sobre crímenes de guerra que se aplique en forma neutral o simétrica y que criminalice conductas "solo cuando ello conlleve, como efecto probable, la reducción del daño moralmente injustificado producto de la guerra o, en forma equivalente, la suma promedio de las violaciones de derechos".[61] Dicho de otra manera, si bien acepta que la mera participación en una guerra injusta es moralmente reprochable, McMahan considera que hay razones prácticas, morales y prudenciales que aconsejan no criminalizarla. Propone seis objeciones acumulativas, que consideraré y descartaré, al menos en la medida en que pretenden socavar la posición específica que defiendo en este artículo.

Primero, McMahan sostiene que sería moralmente inadecuado imponer sanciones penales a aquellos que pelean en una guerra injusta, dado que los soldados en general suelen estar poco informados y poco calificados para determinar si la guerra es injusta. Agrega que, en muchos casos, "su limitada situación epistémica es una condición eximente suficiente para evitar su responsabilidad penal".[62] Tal como señalé en la sección anterior, concuerdo con la dirección

---

59 Puede ser argumentado que esto es compatible con que su responsabilidad moral sea mitigada en ciertas situaciones de extrema coerción. Sin embargo, esta calificación implicaría que son susceptibles de ser castigados y afectaría el alcance de su responsabilidad. Para una buena discusión de la diferencia entre justificación y excusa, véase E.R. López, "Can there be Full Excuses for Morally Wrong Actions?", (2006) 73(1) *Philosophy and Phenomenological Research*, p. 124.

60 Es interesante señalar que en el nivel de la moralidad profunda de la guerra comulga con la idea de que los actos de casi todos los participantes en una guerra objetivamente injusta son asimilables a crímenes de guerra. Ver McMahan, *supra* nota 21. El problema es, tal como sugiero, que una postura revisionista de esta índole resultaría sobre-inclusiva.

61 McMahan, *supra* nota 21, p. 177. [Orig.: "a form of action in war only when doing so would have the expected effect of reducing the amount of wrongful harm inflicted in war or, equivalently, the sum of weighted rights violations"].

62 Ibid., p. 172. [Orig.: "their restricted epistemic situation is an excusing condition that is sufficient to exempt them from liability to punishment"].

general de esta objeción. Sin embargo, no necesariamente lleva a la conclusión propuesta. El hecho de que muchos, o incluso la mayoría de quienes pelean en una guerra injusta, no estén en posición de determinar que la guerra es injusta, no implica que ninguno ellos lo esté. Considérese, por ejemplo, las milicias que pelean para Jean Pierre Bemba en la República Democrática del Congo, que usan violaciones en forma sistemática como una táctica de guerra. O el caso de quienes pelean para ISIS, que arrojan a personas homosexuales de edificios u ordenan a niños ejecutar personas a sangre fría. Aun más, considérese el caso de un soldado nazi en el medio de Polonia ocupada. Incluso aquellos individuos que no estuvieron directamente involucrados en masacres, violaciones o atrocidades en general, no podrán argumentar que no estaban lo suficientemente informados ni calificados para determinar que esas guerras eran injustas (y que, por tanto, su contribución a esas empresas era moralmente incorrecta). La misma lógica se aplicaría cuando un determinado Estado o un grupo actúa manifiestamente sin justa causa.[63]

Es más, aun si alguno de esos combatientes estuviese genuinamente convencido de que la guerra es justa (y, además, que esas tácticas estaban justificadas), algo que en algunos casos podemos descartar empíricamente, [64] tal juicio sería completamente irrazonable. Consecuentemente, de la misma manera en que en el ámbito interno no nos cuestionamos el derecho que el Estado tiene de castigar a un asesino serial que está convencido de estar siguiendo órdenes de Dios o de un culto particular, deberíamos considerar en forma similar a este tipo de infractores como susceptibles de ser castigados (siempre y cuando no sean insanos).

Segundo, se puede argumentar en contra de la posición que aquí defiendo que aquellos que pelean en una guerra objetivamente injusta están actuando bajo coacción: si se rehusasen a pelear,

[63] Es cierto que resulta difícil encontrar ejemplos históricos de beligerantes que hayan peleado en una guerra manifiestamente injusta en la que no se violaran sistemáticamente reglas *in bello*. Pero esto es solo porque aquellos beligerantes que violan principios *ad bellum* en general tienden también a violar regalas *in bello*. La acción soviética en Hungría en 1956 puede ser un buen ejemplo del primer caso. Véase C. Gati, *Failed Illusions: Moscow, Washington, Budapest, and the 1956 Hungarian Revolt* (2006).

[64] Por ejemplo, Baez y otros argumentan que en el conflicto colombiano, una mayoría de excombatientes se unieron a grupos paramilitares por motivos económicos y que solo el trece por ciento tenían una motivación ideológica para unirse. Ver S. Baez et al., "Outcome-oriented moral evaluation in terrorists", (2017) 1 *Nature Human Behavior*, p. 4. Sin embargo, ver también Á. Gómez y otros, "The devoted actor's will to fight and the spiritual dimension of human conflicto", *Nature Human Behavior*, disponible en www.nature.com/articles/s41562-017-0193-3.pdf.

serían castigados.[65] Como resultado, es dudoso que la amenaza de un castigo externo vaya a disuadirlos de pelear. Un problema de esta objeción es que presupone que la disuasión es la única, o al menos la principal, fuente de justificación de la pena. Esta es una posición controvertida y con la cual no estoy de acuerdo.[66] Sin embargo, el mayor problema de esta objeción es que, incluso en sus propios términos, o es infundada o prueba demasiado. Esto es, que el derecho internacional penal pueda disuadir a individuos de cometer conductas criminales en la guerra es una cuestión empírica. En recientes estudios se ha demostrado que las prohibiciones legales pueden tener algún efecto disuasivo en relación con conductas ilegales en la guerra, al menos en casos de atrocidades.[67] En la medida en que podamos plausiblemente asumir que la coerción también está presente en contextos en los que se cometen atrocidades,[68] entonces podemos también asumir que las prohibiciones legales podrían disuadir de participar en una guerra manifiestamente injusta. A este respecto, la objeción parece descansar en afirmaciones empíricas equivocadas.

Si, por el contrario, damos por supuesto que este argumento es correcto, entonces prueba demasiado. Es decir, esta posición implicaría descriminalizar crímenes de guerra ortodoxos, tales como violaciones masivas, toma de rehenes o tortura generalizada cuando son perpetrados por individuos que son parte de regímenes atroces. En la medida en que esos actos son también perpetrados por grupos y en contextos en que ejercen sobre los soldados una presión psicológica enorme, y en la medida en que las consecuencias de no participar o contribuir en tales actos serían terribles para estos individuos, esta objeción serviría para no considerar a ese tipo de conductas crímenes de guerra. Esta implicación —creo— es una a la que McMahan ciertamente querría oponerse.

La objeción más persuasiva es que criminalizar la participación en una guerra injusta crearía incentivos para prolongar la guerra.[69] En particular, se afirma, la amenaza de castigo disuadiría a los soldados de rendirse. Esta asunción está corroborada en la literatura empírica.[70] Pero aun si aceptamos tal premisa, no necesariamente implica que la mera participación en una guerra

[65] McMahan, *supra* nota 21.
[66] Ver Sección, *supra*, y Chehtman, *supra* nota 28, pp. 43–6.
[67] Ver H. Jo y B. Simmons, "Can the International Criminal Court Deter Atrocity?", (2016) 70(3) *International Organization*, p. 443.
[68] Por ejemplo, en *Prosecutor v. Erdemovic*, Sentencia, Case No. IT-96-22-A, A. Ch., 7 de octubre de 1997.
[69] McMahan, *supra* nota 21, p. 173.
[70] Véase, por ejemplo, D. Reiter and A.C. Stam, *Democracies at War* (2002), pp. 65–9.

manifiestamente injusta nunca deba ser criminalizada. En última instancia, esta objeción parece asumir una versión implausible de la posición revisionista, que yo he rechazado, y que diría algo así: que toda persona que participa en un conflicto armado objetivamente injusto deberá ser castigada. Sin embargo, esta no es una conclusión que se derive necesariamente de la posición que yo he defendido.

Yo solo he dicho que quienes participan en una guerra que saben que es injusta o que es manifiestamente injusta son moralmente pasibles de ser castigados. Ser moralmente pasible de ser castigado es compatible con la imposición de penas reducidas o alternativas, pero también con amnistías, en algunos casos. Dicho de otra manera, esta objeción puede ser fácilmente rechazada si reconocemos que en un contexto *post bellum* deberemos hacer concesiones entre el castigo y otros objetivos valiosos, tales como la paz, la verdad y la reconciliación (entre otros). Esta es la postura dominante en la literatura relativa a la justicia transicional, y resulta aplicable también a la concepción ortodoxa de los crímenes de guerra.[71] En consecuencia, el artículo 6(5) del Protocolo adicional II establece que las autoridades "procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado".[72] En cualquier caso, adoptar este tipo de marco normativo ya supondría asumir conceptualmente que los soldados son moralmente pasibles de ser castigados por participar en una guerra manifiestamente injusta y es compatible también con que algunos de ellos sean llamados a rendir cuentas.

Cuarto, McMahan objeta que, hasta tanto haya instituciones legales internacionales que puedan proveer a quienes participan en un conflicto armado de lineamientos claros para determinar, ya sea antes o durante la guerra, si su participación es, o podría ser, legal o ilegal, sería injusto que estos sean susceptibles de castigo.[73] Sin embargo, este argumento no socava la posición que yo defiendo aquí. El hecho de que actualmente no exista tal autoridad legítima y que probablemente no exista tampoco en un futuro cercano no implica que siempre será injusto responsabilizar a ciertos participantes en un conflicto armado por pelear en una guerra objetivamente injusta, especialmente cuando esto es manifiesto. Para reiterar, aquellos que pelea para ISIS, para Alemania nazi o para el Ejército de Resistencia del Señor, deberían ser tan responsables por ello como aquellos responsables por el genocidio en Ruanda o los actos de

[71] Véase, por ejemplo, J. Elster, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective* (2004).
[72] Protocolo adicional II.
[73] McMahan, *supra* nota 21, p. 173.

tortura en Chile, es decir, por una acción colectiva que fue, bajo cualquier óptica sensata, moralmente repudiable.

Quinto, McMahan sostiene que en la medida en que las instituciones internacionales sean inadecuadas, el castigo corre el riesgo de convertirse en justicia de vencedores, mediante la cual aquellos que pelean en una guerra justa serán castigados por el adversario vencedor, aunque este sea injusto.[74] Esta proposición no resulta persuasiva. En primer lugar, parece exagerado decir que los combatientes victoriosos tienen muchos incentivos para llevar adelante juicios criminales contra los vencidos. Los juicios criminales son costosos y generalmente proveen un foro para que los acusados se defiendan y manifiesten públicamente sus agravios y sus posiciones.[75] No es una coincidencia que un Estado tan poderoso como los Estados Unidos haya llevado a juicio a solo un puñado de acusados respecto de la llamada "guerra contra el terror". De manera similar, es sabido que, por razones de rapidez y eficacia, Churchill también habría preferido ejecuciones sumarias a juicios. Esto parece indicar que incluso si existiese el riesgo que McMahan identifica, resulta exagerado. Pero aun más importante es el hecho de que esta preocupación no es inherente a este tipo de procesos (a saber, por la mera participación en un conflicto armado manifiestamente injusto), sino relevante también en los juicios por crímenes de guerra "tradicionales".[76] Esto es, en esos supuestos también será el caso de que el beligerante vencedor juzgará al vencido. En la medida en que esta objeción implicaría eliminar la responsabilidad penal por crímenes de guerra tradicionales, simplemente prueba demasiado.

Por último, McMahan considera que no es dable esperar que un Estado entregue un gran número de sus ciudadanos para ser enjuiciados por hacer algo que ese mismo Estado les ordenó hacer.[77] Debería ser forzado a hacerlo, y no es absurdo suponer que forzar a un Estado a extraditar a sus combatientes para ser sometidos a un juicio penal por crímenes de guerra podría ser una causa justa para recurrir a una nueva guerra. De nuevo, esta objeción asume una versión sumamente amplia de la teoría revisionista, según la cual todo participante en una guerra objetivamente injusta debe ser castigado. Sin embargo, mi propuesta solamente implica

[74] Ibid.
[75] Véase, por ejemplo, M. Koskenniemi, "Between Impunity and Show Trials", (2002) 6 *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, p. 1.
[76] Véase, por ejemplo, G. Simpson, *Law, War &Crime* (2007), p. 16.
[77] McMahan, *supra* nota 21, p. 173.

criminalizar la conducta de una fracción de aquellos que pelean en una guerra objetivamente injusta. Solo aquellos que participan en una guerra sabida o manifiestamente injusta serían moralmente pasibles de castigo. Aun más, el hecho de que sean pasibles de ser castigados no supone que deban serlo en cualquier circunstancia. Si deben ser enjuiciados y quiénes deben serlo, dependerá de la capacidad política y operacional de llevar adelante juicios justos, así como del costo total de llevar adelante este tipo de política *post bellum*.

En suma, hay dos problemas interrelacionados en la crítica de McMahan. En primer lugar, identifica la postura revisionista con la proposición de que todo individuo que pelea en una guerra objetivamente injusta deberá ser castigado. He admitido aquí que tal posición sería insostenible y es posible que resulte poco persuasiva, en parte, por las razones que McMahan sugiere. Sin embargo, de la pretensión plausible de que sería moral y prudencialmente errado responsabilizar a todo participante en una guerra objetivamente injusta, parece saltar a la implausible visión de que ninguno de ellos debe ser responsabilizado. En segundo lugar, un problema fundamental con estas objeciones parece ser que dan por supuesto un conflicto armado entre Estados, con capacidades y posiciones similares. Pero las guerras actuales no tienen por qué ser de este tipo, y de hecho la mayoría no lo es. Las guerras pueden ser peleadas entre Estados que tienen diferencias bélicas enormes, pero también entre ellos y diferentes tipos de grupos armados no estatales (o incluso entre estos grupos). Pueden ser llevadas adelante por organizaciones con diferentes niveles de legitimidad o de autoridad legítima sobre aquellos que pelean, así como con enfoques tácticos y estratégicos muy diferentes. Una vez que comenzamos a considerar estas posibilidades, parece no solo moral, sino también prácticamente posible criminalizar cierto tipo de participación en una guerra injusta. Quizás la ilustración más clara de la postura que sostengo es que el derecho internacional permite que, bajo ciertas circunstancias, la mera participación en una guerra injusta sea castigada penalmente. Articularé esta visión en la sección siguiente.

V. El crimen de participar en una guerra sabida o manifiestamente ilegal: de la moralidad al derecho

He argumentado que la mejor articulación de la teoría revisionista de la guerra justa requeriría criminalizar la participación en una guerra manifiestamente injusta, o moralmente aborrecible, o en una guerra cuyo participante sabe que es injusta. En términos legales, la posición que sostengo es que los individuos que participan en una guerra manifiestamente injusta *deberían* ser pasibles de

ser castigados.[78] Por supuesto, haría falta más trabajo para definir tal crimen con la precisión necesaria: tanto "participar" como "manifiestamente" deben ser definidos en forma mucho más clara. Ciertas conductas subyacentes tendrían que ser identificadas (matar, mutilar, etc). Sin embargo, mi propósito no es abogar por la definición jurídica de un nuevo tipo de crimen de guerra, sino más bien proveer una justificación respecto de por qué este tipo de conducta deber ser considerada criminal con arreglo al derecho internacional.

Creo que esta postura no solo es normativamente atractiva, sino que también es sensata desde una perspectiva práctica y prudencial, con las siguientes aclaraciones. Primero, el hecho de que consideremos a los participantes en una guerra injusta como susceptibles de ser castigados no implica que siempre deban ser castigados. Segundo, tampoco implica que el castigo deba ser siempre concebido como penas de prisión largas o que cada uno de los participantes en ese tipo de guerras deba ser castigado. Tercero, la posición que aquí defiendo es compatible con reconocer que la responsabilidad de este tipo de combatiente injusto puede ser mitigada por otras consideraciones, en particular coacción.[79] Pero todas estas advertencias presuponen, no obstante, que los individuos que participan en una guerra manifiestamente injusta o que saben que lo es deberían ser pasibles de castigo, esto es, que no serían tratados en forma injusta en caso de ser castigados.[80]

Esta sección muestra que la postura que propongo es mucho más compatible con el marco jurídico existente que la posición defendida tanto por los otros teóricos revisionistas como por los teóricos ortodoxos de la teoría de la guerra justa. En primer lugar, el estándar de manifiesta ilegalidad ha sido adoptado en forma explícita para propósitos similares en derecho internacional. Por ejemplo, la regla sobre el crimen de agresión que fue adoptada como una enmienda al

78 Para nuestro propósito, parto de la base de que hay una superposición entre guerras injustas y guerras manifiestamente ilegales. Esta es una presunción importante y sensible, que está más allá del alcance de este artículo.

79 Presupone, por supuesto, que satisfarían otras condiciones, tales como la capacidad mental. En efecto, este argumento no necesariamente incluye niños soldados u otros casos análogos.

80 Si deben ser castigados o no y el tipo de castigo que debe imponérseles dependerá en gran medida de la situación en particular. Concedo que otras consideraciones serían relevantes a los fines de determinar qué hacer, como el prospecto de una paz duradera, la necesidad de reconstrucción u otras consideraciones análogas, y que en un número significativo de casos resultaría contraproducente castigarlos.

Estatuto de Roma, establece que un acto de agresión debe ser una violación manifiesta de la Carta de las Naciones Unidas.[81]

De forma similar, la defensa de órdenes superiores en el Estatuto de Roma requiere que la "orden no fuera manifiestamente ilícita".[82] Considero que es un error suponer que la defensa de órdenes superiores esté descartada en derecho internacional. Tres observaciones son suficientes para sostener esto. Primero, muchos tribunales, tanto nacionales como internacionales, han aceptado que ciertas órdenes superiores pueden eximir a un individuo de responsabilidad penal por crímenes de guerra, tal como ilustra el párrafo (1) del artículo 33 del Estatuto de Roma.[83] Si bien en Núremberg tanto el Estatuto para el Tribunal Militar Internacional, como su jurisprudencia, rechazaron esta defensa, esto debe ser entendido como una consecuencia del tipo de acusados que estaban siendo juzgados ante el tribunal, esto es, oficiales superiores.[84] Segundo,

[81] Art. 8 *bis* (1), Res. RC/Res. 6, The crime of aggression, Annex I, adopted on 11 June 2010. Esta definición, en particular el requisito de que la violación de la norma *ad bellum* sea "manifiesta", es controvertida.

[82] Estatuto de Roma, Art. 33(1)(c).

[83] Ver referencias en Y. Dinstein, *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law* (1965) y, más recientemente, M. Osiel, *Obeying Orders: Atrocities, Military Discipline and the Law of War* (1999).

[84] Gaeta señala que los fiscales ingleses, franceses y rusos en Núremberg sostuvieron que no era posible argüir esta defensa en función de la *manifiesta ilegalidad* de las órdenes, en vez de simplemente basarse en el artículo 8 de la Carta de Londres. P. Gaeta, "The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law", (1999) 10 *European Journal of International Law* 172, p. 180 (énfasis añadido). De forma similar, Garraway afirma que durante la redacción de la Carta de Londres, en varias ocasiones se incluyeron provisiones relativas a órdenes superiores. Según él, citando al General Nikitchenko, la razón por la que no fueron consideradas una defensa válida en ese contexto es que esos acusados en particular no podrían haber estado cumpliendo órdenes de un superior. C. Garraway, "Superior orders and the International Criminal Court: Justice delivered or justice denied", (1990) 81(836) *International Review of the Red Cross* 785, p. 786. Dicho de otra manera, Núremberg fue en cierta medida un rechazo a la posición clásica respecto de la defensa de órdenes superiores, la cual fue descripta en la primera edición del libro de Oppenheim de la siguiente manera: "*[i]n case members of forces commit violations ordered by their commanders, the members may not be punished, for the commanders are alone responsible, and the latter may, therefore, be punished as war criminals on their capture by the enemy*" (en caso de que miembros de fuerzas armadas cometan violaciones ordenadas por sus comandantes, los miembros no pueden ser castigados, pues solo los comandantes son responsables y pueden ser castigados como criminales de guerra en caso de ser capturados por el enemigo). Citado en Garraway, p. 786. Consistentes con esta interpretación, en el *High Command* case (11 NMT, p. 506) los jueces absolvieron a los acusados sobre la base de que las órdenes no eran manifiestamente ilegítimas, ni sabían que estas eran ilegítimas (si bien la ley nº 10 del Consejo de

muchos de los que sostienen que la defensa de órdenes superiores no puede eximir de responsabilidad por crímenes de guerra bajo el derecho internacional, lo hacen bajo la dudosa premisa de que esas órdenes son siempre manifiestamente ilícitas.[85] Sin embargo, tal como fue demostrado en la sección 2, esta presunción está equivocada. Finalmente, en la medida en que la existencia de una directiva acreditada como legítima pueda, conceptualmente, tener un impacto sobre la expectativa de que un individuo busque más información sobre la justicia de la guerra, o sobre una acción concreta en esa guerra, entonces el derecho internacional penal debería eximir a ciertos individuos sobre la base de un error de hecho, basado en la existencia de esa orden.[86]

Cierto es que, ni la criminalización de la agresión, ni las limitaciones a la defensa de órdenes superiores capturan las conductas específicas evaluadas aquí, al menos no respecto de soldados rasos y civiles que participan directamente en una guerra sabida o manifiestamente ilegal. El crimen de agresión está limitado a personas que se encuentran "en condiciones de controlar o dirigir efectivamente la acción política o militar de un Estado",[87] mientras que las órdenes superiores se aplican a la idea ortodoxa de crímenes de guerra, limitados específicamente a violaciones graves del *jus in bello*. Sin embargo, expondré a continuación que las leyes que regulan los conflictos armados permiten la criminalización de soldados rasos por actos que constituyen una mera participación en una guerra sabida o manifiestamente ilegal. Para ello, debemos prestar atención a la forma en la que el derecho internacional regula la guerra.

La principal división en la regulación de los conflictos armados es entre conflictos de carácter internacional y conflictos de carácter no internacional.[88] En conflictos internacionales, todos los

Control Aliado seguía el estatuto del Tribunal Internacional Militar en cuanto al rechazo de la defensa de órdenes superiores.

[85] Gaeta, *supra* nota 84, p. 191.

[86] Walzer reconoce que la defensa de órdenes superiores puede estar basada en ignorancia. Walzer, *supra*, nota 2, p. 312. De manera similar, Dinstein argumenta que las órdenes superiores que no son manifiestamente ilegítimas afectan la percepción del individuo respecto de la ilegalidad de un acto. Dinstein, *supra* nota 83, p. 27–8. Más en línea con la postura defendida aquí, Cryer expresa que "*the manifest illegality test is a way of determining if the defendant ought to have known that the order was illegal*" (el test de la manifiesta ilegalidad es una forma de determinar si el acusado debería haber sabido que la orden era ilegal). R. Cryer, "Superior Scholarship on Superior Orders", 2011 *Journal of International Criminal Justice* 959, p. 963.

[87] Estatuto de Roma, Art. 33(1)(c).

[88] Véase, por ejemplo, las contribuciones a E. Wilmshurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts* (2012), en particular aquellas de la parte II.

combatientes poseen inmunidad para ser juzgados por su participación en la guerra; se los considera privilegiados y no son pasibles de ser castigados (en tanto prisioneros de guerra) en la medida en que no contravengan las reglas específicas de una pelea "justa".[89] Esto incluye a las fuerzas armadas regulares de un Estado, así como otros combatientes no estatales, que pelean como órganos *de facto* del Estado o actúan bajo su control efectivo.[90] En contraposición, quienes pelean para un grupo armado no estatal en un conflicto armado no internacional no se encuentran protegidos frente a la posibilidad de ser castigados por el Estado beligerante, respecto de su mera participación en el conflicto y sobre la base de las leyes internas del Estado. Esto es, estos soldados son pasibles de ser castigados por perpetrar actos que constituyen una mera participación en el conflicto armado.[91]

Hay, sin embargo, dos excepciones a esta división tan tajante. En primer lugar, el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra extendió el privilegio de los combatientes estatales a miembros de determinados grupos armados no estatales, a saber, aquellos que "luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas".[92] Si bien esta norma ha sido criticada y activamente resistida por ciertos Estados (de hecho, es probable que nunca haya sido invocada con éxito), ha sido ratificada por la mayoría de los Estados de la comunidad internacional.[93] Probablemente, la razón subyacente para proteger a estos individuos

89 Si bien pueden ser detenidos durante la duración de las hostilidades, esa detención es solo para prevenir que continúen participando en el conflicto armado. No debe ni puede ser entendida como una sanción penal. Para más detalles, véase III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 1949 75 UNTS 135, 12 agosto 1949 (De aquí en adelante III Convenio de Ginebra).

90 Ver artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptados por la Comisión de derecho Internacional el 10 de agosto de 2001, *Report of the International Law Commission, Fifty-third Session*, UN Doc. A/56/10, arts. 4 y 8, respectivamente.

91 El derecho internacional no les prohíbe pelear a los miembros de grupos armados no estatales. Ver el texto correspondiente a la nota 104, *infra*.

92 PA I, Art. 1(4). El modo en que la ley ha alcanzado este resultado es determinando que este tipo de conflictos son "conflictos armados internacionales".

93 Esta es una de las razones por las cuales Estados Unidos se abstuvo de ratificar el Protocolo adicional I. Véase, por ejemplo, Letter of Transmittal from Ronald Reagan, President of the United States, to United States Senate (20 January 1987), reimpresa en (1987) 81 *American Journal of International Law*, p. 910. Esta disposición también ha sido incluida en las reservas formulas por varios Estados, incluyendo Francia, Gran Bretaña, Bélgica, la República de Korea, Irlanda y Canadá. Respecto de la falta de uso efectivo, véase D. Akande, "Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts", en *supra* nota 88, p. 49. Sin embargo,

de ser juzgados es que, precisamente, su lucha era considerada como legítima o al menos justificada. En efecto, el comentario del Comité Internacional de la Cruz Roja al Protocolo adicional I establece que la lucha de esos individuos es legítima y cualquier intento de suprimirla es incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, la declaración referente a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, la declaración Universal de Derechos Humanos, y la declaración sobre la independencia de países y pueblos coloniales, y constituye una amenaza a la paz y seguridad internacionales.[94] En consecuencia, estos miembros de grupos armados no estatales también son considerados combatientes privilegiados por las leyes que regulan los conflictos armados, por lo que no son pasibles de ser castigados por actos que constituyen una mera participación en el conflicto armado.

Segundo, algunos académicos en derecho internacional, así como algunos tribunales, han sostenido que, al abusar de las leyes que regulan los conflictos armados, determinados combatientes se vuelven pasibles de ser enjuiciados penalmente.[95] Me refiero tanto a individuos que han perdido su derecho al estatus de combatiente, o al estatus de prisionero de guerra, como a civiles que pierden ese estatus, conocidos como combatientes ilegales o no privilegiados.[96] En el influyente caso *Quirin* de 1942, la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió que los combatientes ilegales alemanes podían ser juzgados y castigados por tribunales militares por su

una reconstrucción racional de la guerra ciertamente permite considerar a esta provisión como obligatoria, al menos como una cuestión de derecho de los tratados.

94 Y. Sandoz *et al.* (comps.), *Commentary to the Additional Protocols of 9 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (1987), p. 46; R. Sloane, "The Cost of Conflation: Preserving the Dualism of *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* in the Contemporary Law of War", (2009) 34 *Yale Journal of International Law* 47, p. 65, y las referencias allí citadas. Otras personas invocan otras bases para justificar esta extensión. Corn, por ejemplo, entiende que la razón para el diferente tratamiento es que estos grupos particulares no son generalmente percibidos como autores de traición y por ello no violarían en forma clara el derecho soberano de los Estados. G. Corn, "Thinking the Unthinkable: Has the Time Come to Offer Combatant Immunity to Non-State Actors?", (2011) 22(1) *Stanford Law & Policy Review* 253, p. 281.

95 Véase Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* (2004), p. 29; L. Oppenheim, *International Law: Disputes, War and Neutrality* (1952), p. 256; G. Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and tribunals: The Law of Armed Conflict* (1968), pp. 115–7, entre otros.

96 Véase, por ejemplo, C. Garraway, "Interoperability and the Atlantic Divide – A Bridge over Troubled Waters", 80 *Inter- national Legal Materials* 337, p. 344; y R. Baxter, "So-Called 'Unprivileged Belligerency': Spies, Guerrillas and Saboteurs", 1951 *British Yearbook of International Law* 323–45.

mera participación en la Segunda Guerra Mundial.[97] Esta clasificación tiene fundamentos sólidos en derecho internacional, incluso si sus implicaciones concretas son controvertidas en extremo. De conformidad con las Regulaciones de La Haya de 1899 y 1907, luego incorporadas al artículo 4 del III Convenio de Ginebra, los combatientes solo son considerados privilegiados si se distinguen de la población civil (llevan sus armas a la vista y tienen un símbolo distintivo que es reconocible a la distancia), operan bajo un mando responsable y son parte de una organización que respeta las leyes y costumbres de la guerra.[98] Así, aquellos combatientes que no cumplan esas condiciones, perderán su protección respecto del enjuiciamiento y serán susceptibles de ser castigados por participar en la guerra.[99] Esto no significa, sin embargo, que sean susceptibles de ser castigados por violar una regla de derecho internacional, como explicaré más abajo.[100] Pero sí significa que podrían ser responsabilizados por perpetrar cualquier acto que constituya una participación en una guerra injusta.

En consecuencia, sostengo que la postura revisionista por la que abogo provee las herramientas teóricas para una reconstrucción del derecho existente de los conflictos armados, interpretación que es tanto plausible como moralmente sólida. En efecto, este marco jurídico contempla la posibilidad de que algunos individuos sean pasibles de ser castigados por actos que constituyen una participación en una guerra injusta, mientras que otros no. Si bien uno podría construir esta distinción sobre la base de una distinción entre actores estatales y no estatales, esto no reflejaría el marco jurídico más sutil que encontramos en el derecho internacional. Tal como

[97] *Ex parte Quirin, et al.*, 317 US 30, 31 (1942). Véase, en el mismo sentido, la decisión del Judicial Committee of the Privy Council en el caso *Mohammed Ali v. Public Prosecutor*, [1968] 3 All ER 488.

[98] III Convenio de Ginebra. Para una lista comprensiva de los requisitos legales, véase Dinstein, *supra* nota 95, pp. 37–40.

[99] Protocolo adicional I, Art. 44(3). El PA I no solo contempla que los combatientes de ciertos grupos armados no estatales sean considerados privilegiados, sino que también controvertidamente ha achicado la categoría de combatientes ilegales. En suma, establece que es suficiente para ser inmune a ser juzgado llevar las armas abiertamente durante todo enfrentamiento militar y durante el tiempo en que sea visible para el enemigo mientras está tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en el que va a participar. No resulta sorprendentes que esto haya sido fuertemente criticado por una parte de la comunidad internacional, así como por prominentes académicos en derecho internacional. Aun así, la mayor crítica a esta extensión no es que fuese normativamente errada, sino que estaba diluyendo uno de los más importantes *quid pro quos* del derecho internacional humanitario. Corn, *supra* nota 94, p. 274, y referencias en nota al pie de página 81.

[100] Agradezco al árbitro anónimo que insistió en este punto.

fue indicado, este marco jurídico regula al menos tres casos de grupos armados no estatales en que estos son considerados combatientes privilegiados, es decir, sus miembros no son pasibles de ser castigados por su participación en el conflicto armado. Son casos de grupos que están actuando *prima facie* con una causa justa, o al menos no están participando en una guerra manifiestamente injusta.[101]

Aun más, la segunda calificación que se introdujo arriba —la de los combatientes no privilegiados— permite que ciertos combatientes *prima facie* privilegiados (ya sean estatales o no estatales) sean juzgados por participar en una guerra sabida o manifiestamente injusta. Esto es, en la medida en que no violar de manera sistemática el *jus in bello* es parte de los requisitos para que una guerra sea lícita, así como una condición para ser un combatiente legítimo,[102] considerar a estos combatientes que no cumplen los requisitos mínimos para conservar el privilegio como pasibles de ser castigados sería absolutamente compatible con la postura revisionista aquí invocada.

Hay, es cierto, dos inconsistencias entre esta interpretación del derecho aplicable y la postura normativa adoptada en la sección 3. Por un lado, los criterios utilizados para identificar a los combatientes no privilegiados con arreglo al derecho internacional no consideran a un combatiente que pelea a sabiendas en violación de las leyes que regulan el uso de la fuerza en el derecho internacional (el *jus ad bellum*) como pasibles de ser castigados, en la medida en que este cumpla las normas *in bello*. Es decir, un combatiente que actúa en una guerra manifiesta o sabidamente ilegal desde el punto de vista *ad bellum* estará protegido si no viola a su vez las normas *in bello*. En contraposición, he argumentado arriba que hay buenas razones para considerar que tales individuos deben ser pasibles de ser castigados. Dado el rol central que el principio de separación entre consideraciones *ad bellum* e *in bello* juega como incentivo para regular los conflictos armados, mi propuesta probablemente encontraría mucha resistencia.

101 Sería posible sugerir que hay muchos grupos armados no estatales que deberían ser equiparados a los tres explícitamente mencionados aquí. Ciertamente esta sería la postura más compatible con un compromiso real con el respeto y protección a derechos humanos fundamentales.

102 Es muy improbable que cualquier uso de fuerza que implique este tipo de conductas satisfaga los requisitos *ad bellum* de necesidad y proporcionalidad. Respecto de estos requisitos, véase, por ejemplo, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, Merits, Judgment of 27 June 1986, [1996] ICJ Rep. 14, parág. 176; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion of 8 July 1996, [1996] ICJ Rep. 226, parág. 41. Para una formulación más reciente, véase C. Tams, "Necessity and Proportionality", en L. van den Herik y N. Schrijver (comps.), *Counter-Terrorism Strategies in a Fragmented International Legal Order* (2013).

Sin embargo, esto no necesariamente implica un problema grave para la postura normativa que propongo. Si bien lógicamente posible, resultaría en extremo inusual que los beligerantes que pelean en una guerra que es manifiestamente injusta desde una perspectiva *ad bellum* lo hagan en forma consistente con la regulación *in bello*. Las guerras manifiestamente ilícitas en general violarán ambos regímenes normativos.[103] En consecuencia, mantener el principio de separación entre consideraciones *ad bellum* e *in bello* no implicaría un obstáculo insalvable para poder enjuiciar a un número significativo de combatientes moralmente culpables, de conformidad con el argumento defendido en la sección 3. Como resultado, estaría dispuesto a aceptar que puede haber razones políticas por las cuales el derecho no necesariamente debe reflejar, al menos no de forma totalmente fiel, las exigencias de la moralidad en este caso particular.

Por otro lado, la segunda inconsistencia señalada arriba se refiere a la fuente legal de este crimen que propongo. Es decir, a diferencia del régimen que considera a los crímenes de guerra como graves violaciones a las leyes que regulan los conflictos armados (matanza de civiles, tortura, violación, y similares), el derecho internacional existente no criminaliza la participación en una guerra manifiestamente injusta, ni los actos que son perpetrados a este respecto; tan solo elimina una protección que amparara a los combatientes lícitos.[104] Esto significa que mientras un criminal de guerra puede ser juzgado con arreglo al derecho internacional, un combatiente no privilegiado u otro tipo de participante no privilegiado en un conflicto armado, solo podrá ser juzgado a la luz del derecho interno del Estado del foro. Es más, la responsabilidad por este tipo de crímenes no está sujeta a la competencia universal, una de las características definitorias de un crimen internacional, ni (en principio) a la competencia de los tribunales penales internacionales.[105]

No obstante, yo creo que este tipo de régimen jurídico previsto para los crímenes internacionales sería más apropiado para este tipo de delito. Permítaseme ilustrar este punto: en diciembre de 2014, España detuvo y juzgó a siete individuos por reclutar a mujeres combatientes y esclavas sexuales para ISIS.[106] Bélgica, por su parte, ha enfrentado el desafío de jihadistas que

103 Respecto de una posible excepción, ver *supra* nota 63.
104 Dinstein, *supra* nota 95, p. 234.
105 Ibid., p. 237.
106 Ver "Siete detenidos por captar 12 mujeres para el Estado Islámico", *El País*, 16 de diciembre de 2014, disponible en politica.elpais.com/politica/2014/12/16/actualidad/1418717071_972920.html.

vuelven de Siria.[107] Este fenómeno se está extendiendo a muchos otros países, incluyendo Inglaterra, Dinamarca, Francia, Alemania, Italia, los Países Bajos y Australia.[108] Con arreglo a la legislación de cada uno de esos Estados, estos individuos son pasibles de ser castigados. Algunos son monitoreados en forma semanal, mientras que otros son enjuiciados.[109] En caso de ser condenados, deberán cumplir penas privativas de libertad. Ahora bien, estos individuos están siendo juzgados bajo legislación nacional y por delitos comunes previstos en los ordenamientos internos de estos países.[110] Sin embargo, la base para esos juicios me parece débil, en la medida en que, con frecuencia, los delitos por los que son castigados no fueron cometidos en el marco de ninguno de los principios jurisdiccionales reconocidos por el derecho internacional. Porque bien podría ser que los acusados no hayan perpetrado la conducta en el territorio del Estado del foro, que no sean nacionales de ese Estado, que sus actos no hayan perjudicado a nacionales de ese Estado ni que hayan afectado sus intereses soberanos.[111]

En contraposición, el argumento que propongo aquí implicaría, en forma mucho más plausible a mi juicio, que este tipo de persecuciones penales están justificadas, pero que deberían

---

107 Sobre Bélgica, ver http://cat-int.org/wp-content/uploads/2017/04/Terroristattacks-Report-2013-2016.pdf.

108 Sobre Ingaterra, véase, por ejemplo, www.independent.co.uk/news/uk/politics/plan-to-charge-jihadists-with-treason-will- not-work-claims-terror-expert-9804322.html, en el que se reconoce responsabilidad pero se aboga en contra del juzgamiento por razones de política. Para Francia, véase www.trt.net.tr/francais/europe/2015/05/15/france-premiere- condamnation-d-un-combattant-a-l-etranger-276470; para Dinamarca, https://www.thelocal.dk/20160622/ denmarkconvicts-first-isis-foreign-fighter; para una condena por reclutar combatientes extranjeros en Australia, véase http://www.scmp.com/news/asia/australasia/article/1988886/australian-convicted-recruiting-foreign-fightersislamic-state. Sobre Alemania, véase www.spiegel.de/international/germany/germany-faceschallenges-in-putting-islamic-state-radicals-on-trial-a-991744.html; para Italia, véase, por ejemplo, eblnews.com/news/ europe/italy-court-issues-first-ever-foreign-fighter-terrorism-conviction-49029; para los Países Bajos, véase http://www.bbc.com/news/world-europe-35064597.

109 Comunicación personal con un fiscal belga (documento en posesión del autor).

110 Resulta interesante que la acusación contra ciudadanos británicos sería traición http://www.independent.co.uk/news/world/middle-east/government-moots-treason-trials-for-returning-british-isis-fighters-9799968. html.

111 En Bélgica, por ejemplo, es considerado que el crimen del que se trata es abandonar el país con la intención de participar en una actividad terrorista. Véase, por ejemplo, las decisiones del Tribunal de Première Instance de Bruxelles (70e), 10 de marzo de 2017; Cour d'Appel de Bruxelles (12e), 2 de junio de 2017 (en posesión del autor). Para un análisis crítico de este tipo de nexo jurisdiccional, ver Chehtman, *supra* nota 8, p. 404.

conceptualizarse como violaciones al derecho internacional, en lugar de una mera violación de las leyes de España, Bélgica, Inglaterra y Gales, etc.[112] Hay tres razones más que respaldan esta propuesta. En primer lugar, matar a un soldado peleando por una causa manifiestamente justa es objetivamente una incorrección moral grave. Cassese utilizó este razonamiento al justificar la extensión de los crímenes de guerra a aquellos crímenes cometidos en un conflicto armado no internacional en el caso *Tadić*. Allí se dijo: "un homicidio es un homicidio, ya sea cometido en el marco de un conflicto armado internacional o una guerra civil".[113] La extensión de la noción de crímenes de guerra que propongo aquí es un corolario lógico de ese paso crucial, si bien *de lege ferenda*. En segundo lugar, hay consideraciones prácticas y políticas que harían que los tribunales internacionales o internacionalizados o tribunales de terceros Estados (sobre la base del principio de competencia universal) fuesen foros más apropiados en términos de respeto al debido proceso y mejor posicionados para enviar un mensaje claro de condena moral, que los tribunales de los Estados "interesados".[114] Esto debería contrarrestar, en gran medida, la preocupación de McMahan respecto de la justicia de los vencedores. Finalmente, tal como sostuvo Kathryn Sikkink, los juicios en tribunales internacionales o en terceros Estados pueden tener un efecto dominó respecto de juicios internos, lo que cerraría la brecha de impunidad y contribuiría a la vigencia del derecho internacional.[115]

VI. Conclusión

En este artículo he argumentado que todo aquel que pelee en una guerra que es sabida o manifiestamente ilegal debería ser pasible de ser castigado por cualquier consecuencia dañosa que

[112] Si bien este artículo presupone que estarían contempladas en las leyes que regulan los crímenes de guerra, puede no siempre ser el caso. Acepto que este tipo de actos pueden ser criminalizados a nivel internacional con otra base. Esta posibilidad, sin embargo, está más allá del alcance de este trabajo. Agradezco a un árbitro anónimo por señalarme esta cuestión.

[113] "Nino – In His Own Words", (2011) 22(4) *European Journal of International Law* 931, p. 942. (Entrevista con Antonio Cassese). [Orig.: "[A] murder is a murder, whether it is committed within the framework of an international armed conflict, a war proper, or a civil war"].

[114] Como mínimo, estarían libres de acusaciones tales como la de justicia de los vencedores, o *tu quoque*. Sobre justicia de los vencedores, véase, por ejemplo, G. Bass, *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crimes Trials* (2000), capítulo 5; Simpson, *supra* nota 76, capítulo 5. Sobre *tu quoque*, véase S. Yee, "The *Tu Quoque* Argument as a Defence to International Crimes, Prosecution, or Punishment", (2004) 3 *Chinese Journal of International Law* 87.

[115][115] K. Sikkink, *The Justice Cascade. How Human Rights are Changing World Politics* (2011).

provoque, o contribuya a causar, como parte de su participación en el conflicto armado. Esto no significa necesariamente que deba ser castigado, ni que la única respuesta apropiada para este tipo de delito sea la imposición de una extensa pena privativa de libertad. Por el contrario, la única tesis que defiendo aquí es que esta persona no sería tratada injustamente si fuese castigada.

Considero que esta posición es la más consistente con nuestras convicciones morales, según el punto de partida defendido por la posición revisionista en la teoría de la guerra justa. En la medida en que estemos dispuestos a aceptar que aquellos que pelean en una guerra objetivamente injusta cometen una incorrección moral grave, parece natural que cuando lo hacen a sabiendas, o cuando no puedan razonablemente sostener que no tenían conocimiento acerca de la injusticia de la guerra, se vuelven pasibles del reproche o la condena moral que están ínsitos en el castigo. Esta implicancia parece seguirse claramente de un fuerte compromiso con los derechos humanos. Es más, he sugerido que esta posición es capaz de conectar el derecho internacional vigente con las consideraciones morales subyacentes en mayor medida que otras aproximaciones revisionistas, pero también que la postura ortodoxa en la teoría de la guerra justa. Mientras las primeras son sobre-inclusivas en términos de la responsabilidad penal que defiende, la segunda parece sub-inclusiva. En definitiva, el argumento que aquí presento aboga por reconceptualizar la distinción del derecho internacional entre aquellos "susceptibles/no susceptibles" de ser castigados, para que en vez de basarse en el criterio tradicional entre agente "estatal/no estatal", se base en el criterio más persuasivo de "sabida o manifiestamente ilegal/no sabida ni manifiestamente ilegal". Esto implica una interpretación *de lege lata* que pone en el centro de la discusión al individuo y al respeto por sus derechos humanos fundamentales, en vez de al principio de soberanía.[116] Esta posición también implica, *de lege ferenda*, que aquellos que participan en una guerra sabida o manifiestamente ilegal deberían ser castigados por violar el derecho internacional penal, en lugar de por violar meramente el derecho interno de algún Estado en particular.

[116] Véase, *inter alia*, D. Luban, *Legal Modernism* (1997), pp. 335–62; J. Alvarez, "Nuremberg Revisited: The Tadic Case", (1996) 7 *European Journal of International Law*, p. 245.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 6, pp. 252-254

Debates

INTRODUCCIÓN

Prof. Dr. Marcelo D. LERMAN y Mag. Leandro A. DIAS

Esta sección especial está dedicada al libro La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución, de Ivó Coca Vila (Atelier, Barcelona, 2016, 576 págs.). Se trata del trabajo de tesis doctoral de su autor, presentado ante su alma mater, la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona). La tesis, que fue dirigida por el Prof. Dr. Dr. h.c mult. Jesús-María Silva Sánchez y el Prof. Dr. Dr. h.c. Ricardo Robles Planas, fue calificada como cum laude, por unanimidad por un jurado compuesto por Prof. em. Dr. Dres. h.c. Wolfgang Frisch como presidente, Prof. Dr. Enrique Peñaranda Ramos como vocal, y el Prof. Dr. Fernando Molina Fernández como secretario. Tras la defensa de la tesis, realizada el 18 de diciembre de 2015, Coca Vila obtuvo el título de Doctor en derecho, con mención "doctor internacional". Esa última acreditación se debe a que, durante su formación como doctorando Coca Vila realizó dos estancias de investigación en el *Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht* de la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (de 3/13 a 12/13 y de 4/14 a 3/15), bajo la dirección del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Michael Pawlik, a que parte de su tesis fue redactada en alemán (este texto en alemán fue aceptado por la prestigiosa revisa ZStW, y será publicado durante este año) y a que dos profesores alemanes emitieron un dictamen sobre la tesis (además de su director de investigación lo hizo el Prof. Dr. Luís Greco) y a que su jurado de tesis estaba integrado (en rigor, era presidido) por un profesor alemán. Como puede advertirse, la calidad de los directores y evaluadores y la calificación obtenida certifican la calidad del texto.

Pocos meses después de la publicación del libro al que está dedicada esta sección, en noviembre de 2014, Coca Vila presentó su tesis en Buenos Aires, exponiendo sus ideas centrales mediante una ponencia titulada *La colisión de deberes en Derecho Penal,* en el seminario correspondiente a las cátedras de la Universisdad de Buenos Aires y del Instituto Superior de Seguridad Pública del Prof. Dr. mult., Dr. h.c. Marcelo A. Sancinetti. El debate enriqueció la discusión local sobre el tema.

Con respecto al contenido de la tesis doctoral de Coca Vila (y sin perjuicio de la detallada descripción de las ideas principales realizada por Alejandra Verde en su contribución a esta

sección), debemos señalar que se trata de una obra de gran relevancia para la discusión jurídico-penal actual en español. De hecho, se está en presencia de una monografía que describe, evalúa y, en gran parte, reformula un instituto "clásico" de la dogmática jurídico-penal, como la colisión de deberes. Ya por la investigación realizada y el fino trabajo de argumentación de Coca Vila, que combina un enfoque dogmático clásico con consideraciones profundas de filosofía jurídica y moral, el libro merece ser leído y estudiado. A su vez, las propuestas sustantivas de Coca Vila resultan atractivas y dignas de ser discutidas en profundidad. En particular, el autor realiza una crítica devastadora tanto a la estructura dominante de la colisión de deberes en derecho penal (en tanto limita la figura jurídica, de un modo naturalista poco fundado, a los conflictos entre mandatos), como al método estándar de ponderación: la teoría de la ponderación de intereses y su principio, supuestamente decisivo, del interés preponderante. En ese marco, Coca Vila no sólo adecua la estructura de la colisión de deberes a los desarrollos dogmáticos más importantes de los últimos años, que tienden a cuestionar una supuesta distinción "naturalistica" entre la acción y la omisión para darle lugar a criterios normativos más racionales, sino que además propone un método diferente para resolver los casos de colisión de deberes (o, como él los denomina, colisiones entre razones de obligación), que se aparta de las consideraciones consecuencialistas, en favor de un enfoque deontológico basado, en gran medida, en la noción de merecimiento (en un juego armónico entre dos principios básicos del Estado moderno: la autonomía y la solidaridad). No podemos detenernos aquí en las particularidades de su esquema, pero sí debemos señalar al menos dos cuestiones. En primer lugar, que su método resulta mucho más complejo que el dominante, pero, como contrapartida, cuenta con fundamentos más sólidos (basados en la teoría de la libertad) y transparentes. En segundo lugar, que la solución a distintos casos (como el clásico ejemplo del guardagujas) resulta novedosa y, quizá, contraria a ciertas intuiciones asentadas en la doctrina.

Es en este contexto que aparece esta sección de En Letra: Derecho Penal, a partir de las contribuciones de dos jóvenes académicos argentinos: la Dra. Alejandra Verde y el Dr. Andrés Falcone. Verde se encarga, en primer lugar, de presentar con lujo de detalle la tesis doctoral de Coca Vila, y realiza una crítica y realiza una crítica incisiva: a su juicio en el centro de la discusión no está en juego una supuesta "colisión de razones", sino de verdaderos deberes. Falcone, en segundo lugar, parte de los resultados de la investigación realizada por Coca Vila y traslada su método de solución de conflictos al ámbito de la inexigibilidad (y puntualmente, a la intervención delictiva en situaciones de estado de necesidad exculpante). Como puede verse el objetivo de la presente sección es dar lugar a los debates que el texto genera y a las reflexiones que, a partir de

su lectura, pueden derivarse a otros ámbitos de la discusión dogmática. Estas dos contribuciones confirman la riqueza científica de la contribución de Coca Vila y abren paso a una discusión que seguramente excederá los límites de esta sección de En Letra: Derecho Penal. Se debe destacar también que en este número (fuera de la sección especial) se publica un artículo de Coca Vila en el que se siguen desarrollando temas centrales de su tesis, así como una réplica a la recensión de Verde. Es de esperar que todos estos textos deriven en el futuro en nuevas discusiones.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 6, pp. 255-280

"LA COLISIÓN DE DEBERES EN DERECHO PENAL" DE IVÓ COCA VILA ¿DISOLUCIÓN DE COLISIONES DE DEBERES JURÍDICOS?

Prof. Dra. Alejandra VERDE*

Fecha de recepción: 4 de mayo de 2018
Fecha de aprobación: 20 de mayo de 2018

COCA VILA, Ivó, La colisión de deberes en Derecho penal, Barcelona, Atelier, 2016, 574 pp.

I. Introducción

Es sabido que los problemas de la parte general del derecho penal han sido abordados con notable minuciosidad por un sinnúmero de juristas. De ello, sin embargo, no se sigue que el derecho penal ya no tenga cuestiones de esa naturaleza por tratar. Esa realidad, no obstante, puede intimidar al investigador novel, como de hecho ocurre con frecuencia, porque es cierto que se ha dicho mucho sobre todos los problemas de la teoría del delito. Pero esto, afortunadamente, no ha sucedido con Ivó COCA VILA. Al afrontar el tema de su tesis doctoral, lo primero que uno se pregunta es si todavía puede decirse algo interesante (y que a la vez abarque la inmensa bibliografía existente) sobre la colisión de deberes en derecho penal. Pero cuando uno se enfrenta a *su libro*, no puede sino responder afirmativamente esos interrogantes. Ivó COCA VILA ha escrito, sin dudas, una monografía sobre colisión de deberes que será de referencia ineludible en nuestra disciplina.

Para hacer la mayor justicia posible a su contribución, he decidido estructurar esta recensión en dos partes bien diferenciadas. En la primera me limitaré a describir, con cierto detalle, las principales propuestas de su obra. Para esta parte, mi mayor preocupación fue ser completamente fiel al texto del autor. No ha sido fácil, porque, como señalaré después con mayor precisión, la

* Doctora en derecho por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Profesora de derecho procesal penal en la Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires. Ex becaria doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET, Argentina) y ex becaria del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD). Email: alececiverde@gmail.com. Agradezco a Gabriel Pérez Barberá por la lectura de este trabajo y por sus agudas observaciones, que me permitieron precisarlo.

obra presenta grandes complejidades en algunas secciones. Pero por la profundidad de su planteamiento bien vale la pena ese esfuerzo, que además es necesario para que las críticas que señalo en la segunda parte puedan tener una referencia directa en la primera, de modo tal que la reseña logre autonomía tanto expositiva como valorativa.

Puedo adelantar aquí que no me han convencido muchos de los planteos de COCA VILA, pero explicar por qué me ha exigido mucho más de lo que pensé tras la primera lectura. Ello es una muestra de que su propuesta, más allá de cuán plausible pueda parecernos *prima facie*, está sostenida en argumentos muy bien articulados, que obligan a una reflexión profunda. Creo, sinceramente, que esta es la mejor clase de trabajo que un colega puede ofrecer a la comunidad científica y, en ese sentido, no tengo más que sumarme a las felicitaciones que ha merecido ya de su prestigioso tribunal evaluador.

Tal como lo señaló dicho tribunal, el libro de COCA VILA, pese a la juventud de su autor, cuenta con los atributos propios de lo que en Alemania se conoce como "trabajo de habilitación", es decir, el que debe llevar a cabo un jurista que pretende acceder a una plaza definitiva de profesor. La densidad de su texto y la impactante lista bibliográfica evidencian la seriedad y meticulosidad con la que ha trabajado cada problema. Me abocaré a su descripción en el punto que sigue.

II. Descripción de la tesis

1. Objeto y estructura de la obra

COCA VILA aborda el problema que surge cuando un sujeto es llamado a cumplir dos obligaciones jurídicas y ambas son de cumplimiento cumulativo imposible en el caso concreto. El autor plantea un enfoque diferente y provocador sobre una controversia de larga data. Busca, concretamente, proponer una revisión del concepto y del fundamento de la solución de la colisión de deberes jurídico-penales. Su obra es muy extensa y con las características propias de la dogmática de raigambre continental europea. COCA VILA repasa numerosas teorías jurídico-penales desarrolladas por los expositores más importantes e influyentes en la materia (sobre todo alemanes), problematiza la postura dominante tanto en Alemania como en España y, finalmente, adhiere a una concepción minoritaria para resolver los conflictos de deberes no en la antijuridicidad sino en el ámbito del tipo penal (aunque acercándose mucho a una concepción del tipo total de ilícito, dado que es escéptico respecto de la necesidad de una distinción entre

tipicidad y antijuridicidad), sin perjuicio de, además, aportar soluciones novedosas para muchas otras cuestiones.

COCA VILA divide su trabajo en tres partes. En la primera, describe el estado de la discusión jurídico-penal actual en la dogmática penal, principalmente alemana o que encuentra sus fuentes allí, sin dejar de repasar teorías más antiguas. En la segunda, reconstruye el concepto de colisión de deberes y el fundamento para resolver los conflictos de deberes jurídico-penales. Finalmente, en la tercera parte, COCA VILA intenta dar respuestas a problemas concretos de conflictos entre lo que él, siguiendo a KANT, denomina "razones de obligación".

COCA VILA, en las casi seiscientas páginas de su trabajo, no deja prácticamente ninguna cuestión por trabajar ni postura por desarrollar. Ello, ciertamente, puede ser algo intimidante para quien no esté interesado en llevar adelante una investigación propia sobre el tema del libro. Sin embargo, entiendo que quien conozca la discusión básica puede omitir la lectura del capítulo primero, ya que allí solo se exponen descriptivamente las diferentes teorías desarrolladas por la dogmática que le sirve de fuente. Por el contrario, el capítulo segundo es esencial para entender el núcleo argumental que va a darle base luego a las conclusiones. En el tercer capítulo, COCA VILA se encarga de criticar el método dominante en la doctrina y jurisprudencia alemanas para jerarquizar deberes jurídicos, a saber: el principio de la ponderación de intereses. En el capítulo cuarto desarrolla un criterio original y mucho más complejo que el dominante, con el que pretende eliminar las imprecisiones y la vaguedad del mencionado principio de ponderación de intereses. El quinto capítulo es, junto con el tercero, el que se encarga de las cuestiones más complicadas acerca de la colisión de deberes. En el capítulo final, el sexto, COCA VILA precisa su propuesta, la diferencia de otros institutos e interpreta las normas españolas desde esa nueva óptica.

2. La tesis central de COCA VILA

2.1. Su punto de partida teórico: la negación de los conflictos de deberes jurídicos y sus consecuencias sistemáticas

A COCA VILA le preocupa, en todo momento, la falta de homogeneidad o el disenso de la doctrina penalista dominante respecto de la definición y el papel que debe jugar el problema de la colisión de deberes que allí se consideran jurídico-penales. Le interesa, además, determinar su adecuada ubicación sistemática y encontrar un mecanismo o criterio correcto para resolver lo que

en general se entiende como conflicto entre deberes jurídicos o, lo que es lo mismo, para concluir cuál es el deber jurídico que en un caso de colisión debe cumplirse a costa del incumplimiento de otros.

COCA VILA rechaza la idea dominante, que considera a la colisión de deberes como una causa de justificación, y la ubica, en cambio, en el ámbito de la tipicidad (COCA VILA, pp. 186 ss., 521). Con todo, debe quedar claro que, en su opinión, no hay razones materiales de peso para distinguir, dentro del ilícito, entre tipicidad y antijuridicidad. A su modo de ver, esa distinción se justifica solo en razones didácticas (COCA VILA, pp. 190 ss., 195, 521). Su posición de que los casos de colisión de deberes tienen que ser resueltos ya en el tipo debe ser entendida, por lo tanto, de acuerdo con ese matiz: en el fondo, para él, en tales situaciones lo que queda excluido es un tipo de ilícito total (COCA VILA, pp. 190 ss., 196).

Debe quedar claro, asimismo, que COCA VILA no generaliza esta idea, es decir, no la fundamenta en una adhesión general a una teoría bipartita del delito. Lejos de ello, admite una distinción entre colisión de deberes y causas de justificación, con el argumento de que en estas últimas la competencia por la exclusión de la ilicitud es atribuible principalmente a la víctima (como sucede con la legítima defensa y el estado de necesidad), mientras que no sería ello lo que sucede en los casos de colisión de deberes (COCA VILA, pp. 195 s.). Por eso afirma que solo en estos últimos supuestos lo que tiene lugar es una suerte de exclusión del ilícito total, lo que implica que también quede excluida la tipicidad.

En ese marco, el autor defiende que los conflictos de deberes se refieren al problema de la determinación del (único) deber de comportamiento que el Derecho le dirige al ciudadano (COCA VILA, pp. 157 ss., 520), esto es, el deber "altamente personal" (COCA VILA, pp. 180 ss.). De hecho, los considera una forma del fenómeno de determinación definitiva de las posiciones jurídico-penales de competencia de todos los agentes involucrados en una situación de conflicto determinada, visto desde la óptica de los principios de autonomía y solidaridad (COCA VILA, pp. 170 ss.), y reconoce a la teoría de la competencia, debida principalmente a JAKOBS y PAWLIK,[1] como una teoría general de legitimación de las normas penales. En otras palabras, la colisión de

[1] Véase PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, pp. 160 ss.; JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main, V. Klostermann, 2012, pp. 83 ss.; JAKOBS, *La competencia por organización en el delito omisivo* (trad. de Peñaranda Ramos), en ÍDEM, *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 347 ss.

deberes, para COCA VILA, "se presenta como un problema específico de la determinación definitiva de los límites entre las esferas jurídicas de los agentes implicados, una vez tomadas en consideración varias posiciones de competencia provisionales" (COCA VILA, p. 190).

Por eso sostiene COCA VILA que del ordenamiento jurídico no nacen —ni pueden nacer— dos deberes jurídicos limitados por una cláusula de reserva, sino que *desde un comienzo* emerge uno solo, cuyo cumplimiento, ante la situación concreta de conflicto, es posible.[2] Afirma que, en virtud de lo señalado, no existen auténticos conflictos de deberes, sino que (y en esto, como ya se dijo, sigue a KANT) se trata de una contraposición entre un deber y una "razón de obligación" (COCA VILA, pp. 529 s.). En consonancia con lo anterior, el autor entiende que el conflicto de deberes "se disuelve" antes de comenzar a desarrollarse el análisis dogmático del hecho, y que, por lo tanto, *no se resuelve* por medio de las categorías dogmáticas propias de la teoría del delito que sirven particularmente a estos efectos (COCA VILA, pp. 433 ss., 438 ss., 525).

COCA VILA, al igual que otros autores (COCA VILA, p. 151, nota al pie n.º 107, p. 521, nota al pie n.º 438), concluye que, en realidad, el obligado por dos o más deberes de cumplimiento excluyente, respecto de aquellos que no cumple (o infringe) —y siempre que satisfaga el que corresponde cumplir (es decir: el de rango superior o equivalente que elija)—, no infringirá ningún deber penal auténtico, porque ese deber jerárquicamente inferior no será más que una razón para obligarse que no llegó a conformarse como un auténtico deber jurídico (COCA VILA, pp. 173 ss.).

Para ello, se basa en la idea de que el ordenamiento jurídico solo puede exigirle a una persona aquello que es de posible cumplimiento (COCA VILA, pp. 131 ss., 146 ss., 157 ss., 173). En ese sentido, el autor considera que la existencia de un deber jurídico-penal queda supeditada a sus condiciones de eficacia, esto es, a la posibilidad fáctica de que su destinatario pueda satisfacer la obligación en el caso concreto (COCA VILA, pp. 151 ss., 173). Básicamente, COCA VILA asume el postulado lógico kantiano "deber implica poder" y, a partir de él, considera que una condición necesaria para afirmar que se debe realizar una acción es que ello esté fácticamente al alcance de su destinatario, o que hacerlo esté dentro de sus posibilidades.

[2] Así COCA VILA, *La colisión de deberes en derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2016, p. 190; así también, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 360.

Es importante destacar, entonces, que el punto de partida de la postura de COCA VILA, que niega la posibilidad de una colisión de deberes, tiene su fundamento en la concepción kantiana que considera que las obligaciones y los deberes no colisionan en ningún caso y que, en definitiva, esos conflictos no existen (COCA VILA, pp. 174 s.). El autor, en efecto, adscribe a la idea de KANT que afirma que si bien entre deberes no existen auténticos conflictos, sí los hay entre las —siempre según la terminología del filósofo alemán— "razones de obligación" (*rationes obligandi*) (COCA VILA, pp. 176 ss., 180 ss.). Y entiende que las últimas, a diferencia de los primeros, son insuficientes para obligar (COCA VILA, pp. 177 y 180). Por eso, según COCA VILA, son las llamadas "razones de obligación" las que colisionan entre sí y no los deberes jurídicos. En esa línea afirma, al igual que KANT, que la razón de obligación más fuerte se convierte en deber jurídico, en el único deber jurídico que obliga, mientras que la más débil queda desplazada y, por lo tanto, no llega a tener ningún efecto jurídico (COCA VILA, p. 177).

2.2. Ponderación entre razones de obligación

COCA VILA se propone, entonces, establecer criterios que permitan ponderar no entre deberes, sino entre razones de obligación. Después de haber revisado el concepto y el fundamento de la solución que la opinión dominante sostiene acerca de la colisión de deberes jurídicos, y de haberlos reconstruido conforme a su postura, se embarca en la tarea de examinar los presupuestos normativos rectores de jerarquización entre razones de obligación.

En ese contexto, el autor, en primer lugar, lleva a cabo una crítica profunda al principio del interés preponderante, teoría dominante (por lo menos en Alemania) para jerarquizar deberes jurídicos, y, en segundo lugar, propone una nueva teoría para jerarquizar las razones de obligación que, a su juicio, no presenta los problemas de la anterior. Expondré todo ello a continuación.

2.3. El marco conceptual de la crítica al principio del interés preponderante

2.3.1. La relación entre la colisión de deberes y las causas de justificación

COCA VILA destina gran parte de su tesis doctoral a la tarea de diferenciar al "instituto" (así lo denomina) de la colisión de deberes del estado de necesidad (COCA VILA, pp. 186 ss.). En este contexto, también propone una visión diferente a la de la doctrina dominante, a saber: considera a la colisión de deberes como el género y al estado de necesidad como la especie (COCA VILA, p. 521). Uno de sus objetivos es demostrar que no es posible reconducir los "institutos" de la colisión

de deberes y del estado de necesidad a un único conflicto de intereses a resolverse según el principio del interés preponderante. COCA VILA se encarga de criticar fuertemente este juicio omnicomprensivo de intereses (COCA VILA, pp. 221 ss., 223 ss.) y propone una manera diferente de trabajar el problema (COCA VILA, pp. 323 ss., 411 ss., 431 ss.).

En su trabajo, COCA VILA admite que tanto la colisión de deberes como las causas de justificación se encargan de establecer cuál es la única norma aplicable al caso concreto, pero afirma que solo las últimas pueden ser resueltas por medio del análisis bilateral que tiene lugar entre las personas involucradas en la situación de necesidad, de acuerdo con los principios de solidaridad y autonomía (COCA VILA, pp. 380 ss., 521).

En las causas de justificación, como ya se dijo más arriba, COCA VILA resalta que la competencia de la víctima importa, mientras que, para resolver los conflictos entre razones de obligación (deberes jurídicos), ello no interesa necesariamente, sino que estos, según su postura, se solucionan de acuerdo con la "especie" de los deberes en juego (COCA VILA, p. 305) o, si son de rango equivalente, en virtud de un "principio elemental de razonabilidad práctica" (COCA VILA, pp. 446 ss., 521). Corresponde por lo tanto exponer qué entiende el autor por "especies de deberes".

2.3.2. Las especies de los deberes

A la especie del deber, COCA VILA la define como "el elemento informador de la específica intensidad normativa del deber, que a su vez se explica en atención al grado de ejercicio de libertad del obligado al que puede reconducirse la imposición de la obligación" (COCA VILA, p. 288). Y agrega que se trata del "criterio que permite valorar normativamente la relación que media entre el obligado y el beneficiario en una situación de conflicto entre razones de obligación" (COCA VILA, p. 288).

Tras ofrecer esta conceptualización, el autor critica, en primer lugar, la postura dominante que diferencia solo entre dos especies de deberes, a saber: los deberes de garante y los deberes de solidaridad, ya que las considera insuficientes para clasificar adecuadamente todos los supuestos y, en consecuencia, entiende que se dan casos en los cuales no se distingue debidamente entre el peso normativo de los deberes a pesar de que esa distinción sí existe y, por lo tanto, es relevante (COCA VILA, pp. 289 s.). Y en segundo lugar, el autor "[t]omando en cuenta las manifestaciones obligacionales jurídico-penales generalmente reconocidas en nuestro actual Ordenamiento

jurídico" (COCA VILA, pp. 305 s.), diseñó una clasificación tripartita de los deberes jurídicos según su especie, a saber: de competencia plena, preferente y mínima.[3]

2.4. Crítica al principio del interés preponderante y propuesta de reemplazo

Para establecer el orden de prelación entre deberes jurídicos que colisionan, la doctrina dominante, como es sabido, se vale del principio del interés preponderante. COCA VILA, como ya se adelantó aquí, se encarga en su monografía de criticar ese principio (COCA VILA, pp. 223 ss., 325). En tal sentido, el autor sostiene que la "ponderación de intereses", como técnica para jerarquizar deberes jurídicos en conflicto, carece de sistematicidad y de precisión, es incapaz de delimitar el objeto a ponderar, confunde entre los criterios que le otorgan valor al bien jurídico y los que determinan un distinto baremo para establecer el orden de prelación de un interés frente a otro, y caracteriza de modo completamente abierto al papel que debería desempeñar la especie de deber al momento de su jerarquización, entre otros problemas (COCA VILA, pp. 222 ss., 230 ss.).

A partir de esas críticas, COCA VILA desarrolla un juicio de jerarquización de razones de obligación que "se basa precisamente en los principios de autonomía y solidaridad, parámetros básicos para una coordinación armónica de las esferas jurídicas en conflicto. Por consiguiente, el obligado ha de cumplir con la razón de mayor rango no porque el Estado ante dos males siempre prefiera el menor, sino porque esa es justamente la solución coherente con los principios últimos que legitiman las normas de comportamiento penales" (COCA VILA, p. 434). El autor, por medio de este método, busca legitimar las normas jurídico-penales ante la sociedad y especialmente ante los necesitados que no fueron elegidos por el obligado ante situaciones de conflictos de deberes equivalentes.

En efecto, COCA VILA propone analizar la colisión de razones de obligación (deberes jurídicos) en varios niveles, a saber: en primer lugar, desde la óptica de los sujetos necesitados (COCA VILA, pp. 324 ss.) y, luego, desde la del obligado y cada uno de los anteriores (COCA VILA, pp. 411 ss.). Se trataría de un examen escalonado, que avanza en la medida en que no sea posible

[3] Los deberes de máxima intensidad o de mayor dignidad normativa son los que COCA VILA denomina deberes de competencia plena. Los deberes de competencia preferente, por su parte, son la categoría intermedia, es decir, aquellos que emanan de actos de libertad específicos, pero que tienen una intensidad menor que los anteriores. Por último, los deberes de competencia mínima consisten en deberes de solidaridad mínima. Véase COCA VILA, *supra* nota 2, pp. 288 ss., 306.

determinar en una etapa previa la preponderancia de un deber respecto de los otros. Una vez finalizado ese análisis, que incluye también la compatibilidad de ambos aspectos, sin haberse podido establecer cuál es la obligación preponderante, habrá que concluir a favor de la equivalencia de los deberes que colisionan (COCA VILA, pp. 442 ss.).

Como ya dije, el autor diferencia dos momentos de análisis y, a su vez, dentro de ambos niveles efectúa distinciones. La primera etapa consiste en el examen intersubjetivo que tiene lugar entre los dos (o más) agentes necesitados o beneficiarios. Allí COCA VILA afirma que, por un lado, se deben tener en cuenta los principios de autonomía y solidaridad para que puedan ser ponderados los deberes jurídicos en pugna. Con ello se refiere a las cuestiones de provocación (de los beneficiarios) y a las eventuales posiciones especiales de deber relativas a alguno de los agentes beneficiarios. Por el otro, el autor sostiene que se deben ponderar los intereses en juego, esto es: los bienes jurídicos en pugna, la intensidad de la lesión que los amenaza, la probabilidad de que se consume el daño amenazante y la posibilidad de efectividad de la acción salvadora.

Ahora bien, si por medio de ese primer nivel de juicio parcial de jerarquización no se logra determinar cuál de los dos beneficiarios ostenta una posición de rango superior, el autor considera que, antes de pasar al segundo nivel, habría que analizar el "principio de individualización de la desgracia", según el cual los males no imputables a seres humanos no se socializan. De lo que se trata aquí es de determinar quién es la persona competente para soportar la desgracia, a quien el autor denominará "*dominus*" (COCA VILA, pp. 380 ss.). Es posible, sin embargo, que existan situaciones en las que los dos beneficiarios sean *dominus* (por ejemplo, el caso del padre que debe salvar a sus dos hijos en un naufragio) y que, por lo tanto, sea necesario recurrir al paso siguiente del juicio de jerarquización de deberes propuesto por COCA VILA.

En ese segundo nivel se examina la relación normativa del obligado con cada uno de los beneficiarios en el caso concreto. Para ello, COCA VILA se vale de su clasificación de los deberes jurídicos según su especie y, así, brinda pautas para jerarquizar las razones de obligación. En un paso siguiente, y como cierre de su propuesta, el autor interrelaciona y compatibiliza los dos niveles ya descriptos. Por medio de este procedimiento, COCA VILA asegura poder brindar algo que, según él, el principio del interés es incapaz de ofrecer, a saber: "un criterio adecuado para su justa armonización [de los deberes jurídicos en conflicto] y definitiva delimitación en el supuesto concreto" (COCA VILA, p. 323).

Aclara, por otra parte, que si una vez concluido dicho análisis no fuese posible determinar cuál es el deber jurídico de rango superior, hay que concluir que se trata de deberes jurídicos de rango equivalente. En ese caso, COCA VILA resuelve el conflicto de igual manera que la doctrina y jurisprudencia dominantes, es decir, concluye que "[e]l obligado goza entonces de un derecho de elección entre las dos razones contrapuestas, sin que el Ordenamiento jurídico condicione o valore los motivos subjetivos últimos de su decisión" (COCA VILA, pp. 535, 438 ss., 442 ss.).

En cuanto a la infracción del deber que no se cumple, COCA VILA entiende, como ya se adelantó, que esa conducta es atípica, que no se trata de un verdadero deber y que el "conflicto" en esos casos *se disuelve* (COCA VILA, pp. 440 ss.). Debido a ello, concluye que la víctima de la decisión del obligado tendrá que tolerar la decisión que él tome y que la interferencia de la víctima en el curso causal salvador, en todo caso, se analizará dentro del estado de necesidad defensivo (COCA VILA, p. 456). Respecto de esas facultades de defensa, COCA VILA remarca que se trata solo de meras facultades y no de un derecho de tolerancia ni respecto del obligado, ni del otro necesitado (COCA VILA, p. 458).

2.5. El problema particular del conflicto vida contra vida: la legitimación de la solución del problema ante los ojos de quien va a morir

COCA VILA aborda con especial atención el problema de la colisión de deberes jurídicos (o de razones de obligación, según su postura) de rango equivalente en los que se enfrentan dos vidas humanas, de modo que el cumplimiento de uno implica ineludiblemente la salvación de una vida humana y la pérdida de otra. Un aspecto muy importante para COCA VILA consiste en poder justificar las normas de comportamiento penales por medio del principio del individualismo normativo, con el objetivo de legitimar la solución de los conflictos de razones de obligación (deberes jurídicos) equivalentes a los ojos de la víctima de la decisión del obligado (COCA VILA, pp. 461 ss.).

En ese marco, COCA VILA entiende que el beneficiario o necesitado que no es elegido por el obligado en esta clase de conflictos de razones de obligación equivalentes, por más que sepa que va a morir a causa de esa decisión, no cuenta con derecho de defensa alguno, ni respecto del beneficiario final del salvataje ni del obligado (COCA VILA, pp. 493, 495, 536). Esto coincide con lo que sostiene la postura mayoritaria.

Ahora bien, para llegar a esa conclusión, COCA VILA propone una justificación diferente a la dominante. Sostiene, concretamente, que "si resulta que el mejor escenario posible es aquel en el que al menos un sujeto ve salvaguardados sus intereses, y resulta que el precio a pagar por ello es la renuncia del otro sujeto y de eventuales terceros auxiliantes a interrumpir el curso causal salvador iniciado por el obligado, el sujeto que aparece como víctima en atención al curso de cumplimiento que inicia el obligado no puede alegar de forma jurídicamente atendible nada en contra de la solución que adopta el conflicto" (COCA VILA, pp. 470, 473 s., 493, 496).

En ese sentido, para justificar el deber de tolerancia de la víctima de la elección del obligado, COCA VILA afirma que la pérdida de los intereses de la víctima "constituye la consecuencia lógica e ineludible de haber gozado en un momento previo de una mínima posibilidad de salir indemne de la situación de conflicto" (COCA VILA, p. 471). Y a esa justificación no la circunscribe a determinados bienes que colisionan, sino que, por el contrario, la extiende a todos, incluso si el conflicto versa sobre la salvación de dos (o más) vidas humanas.

Finalmente, en cuanto a la situación extrema que se presentaría en caso de que el no beneficiado por la elección del obligado interrumpiera su curso causal salvador, COCA VILA entiende que le corresponde ser exculpado. Pero como la acción de pretender interrumpir esa salvación es antijurídica, tanto el obligado como el seleccionado inicialmente por él como beneficiario de la única acción de salvamento que le es posible cumplir pueden justificadamente rechazar la interrupción no culpable de la acción salvadora (COCA VILA, p. 536).

III. Crítica de la tesis

1. Presentación

Ya he mencionado en la introducción que un aspecto muy valioso de la obra de COCA VILA es cuánto estimula a una reflexión profunda sobre el problema de la colisión de deberes en derecho penal. Las críticas que siguen son, pues, el resultado de esa reflexión. A modo de síntesis puedo decir aquí que no encuentro mayores inconvenientes de consistencia interna en lo que, sin dudas, constituye uno de los aportes principales del libro, a saber: la propuesta de una nueva forma, más fina que la de la doctrina dominante, de ponderar deberes jurídicos.

Sí creo, en cambio, que merece varias objeciones lo referido al punto de partida teórico de la propuesta de COCA VILA y, por tanto, también lo relativo a las consecuencias sistemáticas, en el

marco de la teoría del delito, a las que conduce dicho punto de partida, aunque creo que esto último no es de tanta significación como lo anterior. Me refiero, concretamente, a la idea de COCA VILA, central para su tesis, de que no existen conflictos entre deberes jurídicos, o —para decirlo con sus palabras— de que estos no se resuelven sino que se "disuelven" en forma previa a su aplicación y que por eso debe tratarse la cuestión ya en la tipicidad.

Para COCA VILA, en efecto, los conflictos no se dan entre deberes jurídicos, sino únicamente entre razones de obligación. Y por eso, a su juicio, en tanto hay un único deber jurídico aplicable, la infracción de lo que no sería ya un deber tiene que ser atípica (y no típica pero justificada), pues no puede ser jurídico-penalmente relevante una conducta que no implica violar un deber jurídico-penal. Estas ideas, al contrario de su propuesta para ponderar, presentan problemas internos de consistencia que, a mi modo de ver, COCA VILA no logra sortear más allá de su innegable capacidad argumental. Es esto entonces lo que será objeto principal de la crítica que sigue.

2. Imprecisiones de la exposición inicial

Lo primero que voy a señalar críticamente es una cuestión secundaria, que a mi juicio corresponde indicar aquí porque se trata de una imprecisión expositiva que dificulta el abordaje inicial de la obra. Da la impresión de que COCA VILA ha escrito su libro pensando en un especialista *en el tema* (y no solo en un penalista) como interlocutor. Tal vez es esto lo que hace que se extrañe alguna mayor precisión respecto de su objeto de estudio. La introducción del libro, que sería el lugar indicado para delimitarlo, a mi juicio no es suficientemente clara. Para lograr comprender cuáles son exactamente los problemas que el autor quiere tratar, muchas veces hay que avanzar bastante en la lectura de la obra.

La expresión "colisión de deberes", por lo pronto, es utilizada ante todo en la teoría (general) del derecho. La introducción del libro, sin embargo, no explicita si eso es lo que será objeto de análisis. Ello, a mi juicio, no se aclara con la expresión "colisión de deberes *en derecho penal*" (que da título a su trabajo), porque también esa expresión es ambigua y, por tanto, debería ser precisado el sentido que es relevante para la obra. ¿Se refiere, por ejemplo, a lo que sucede cuando entre normas penales ocurre lo que en teoría del derecho se identifica como colisión de deberes, o se refiere a una "especial" clase de colisión de deberes que solo es posible en el derecho penal?

La imprecisión se incrementa por el hecho de que, como es sabido, en la teoría del delito empleada en Alemania existe una categoría específica que, en ese país, se aplica únicamente en el ámbito de la antijuridicidad de la omisión impropia y que se denomina "colisión de deberes justificante". Y a eso cabe agregar que aparece otra dificultad si la legislación penal positiva de un determinado país cuenta con una causa de exclusión del ilícito expresa que se identifica como "cumplimiento de un deber" —como sucede tanto en España (CP, artículo 20.7) como en Argentina (CP, artículo 34.4)—, que también tiene su fundamento en una colisión de deberes. ¿Qué de todo ello es específico objeto del libro? Por supuesto que, como ya dije, este interrogante se aclara a medida que se avanza en su lectura (en particular cuando el autor propone solucionar todos los casos que le interesan con el artículo 20.7 del CP español). Pero facilitaría la comprensión que el objeto en cuestión estuviese clarificado desde el comienzo mismo de la obra.

3. Un método más fino para ponderar deberes jurídicos

Ya señalé que, a mi modo de ver, el aporte más valioso que ofrece COCA VILA es el desarrollo que lleva adelante en el capítulo cuarto de su libro. Allí, el autor propone una metodología diferente a la de la doctrina dominante para ponderar deberes jurídicos a partir de determinados criterios de jerarquización. Este capítulo tiene la virtud, por un lado, de no presentar inconsistencias internas pese a la extrema complejidad de la empresa y, por otro lado, de proponer una serie de criterios que, tal vez de la mano de alguna simplificación ulterior (que a mi juicio es posible y además necesaria), pueden ser de concreta utilidad práctica.

De todas maneras, y sin perjuicio de los méritos de esta parte de la tesis de COCA VILA, creo que es pertinente preguntarse acerca de la utilidad de esa mayor complejidad de su argumento, ya que, en los resultados, conduce a casi las mismas conclusiones de fondo que las de la doctrina dominante, salvo algún que otro caso puntual. En tal sentido, la epistemología contemporánea enseña que, en caso de dos teorías extensionalmente equivalentes, siempre será preferible aquella que resulte más simple en su justificación, salvo que la más compleja ofrezca mayor precisión.[4]

Lo que cabe preguntarse, entonces, es lo siguiente: ¿aportan realmente más precisión las distinciones que propone COCA VILA con relación a este tema que las que provienen de la

[4] Véase al respecto, por todos, ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 30.

aplicación del principio del interés preponderante, que es el que pretende reemplazar? Pienso que sí, y por eso destaco esta parte de su libro como la más valiosa. De todos modos, saldada la cuestión de la precisión, creo que resulta pertinente preguntarse si la propuesta de COCA VILA constituye algo *diferente* a una técnica de ponderación de intereses, que es en lo que, en definitiva, consiste la aplicación del principio del interés preponderante.

La respuesta a esto último debe ser, a mi juicio, negativa. Creo, en efecto, que tanto la propuesta de COCA VILA como el principio del interés preponderante son técnicas para ponderar intereses, solo que una puede ser descripta como más fina que la otra. De hecho, esa mayor precisión del aporte de COCA VILA es lo que seguramente tornará imprescindible a su obra en la literatura referida a la colisión de deberes en derecho penal. Sin embargo, y por las razones dadas, creo que debería ser tenida más como un agudo intento de precisar el principio del interés preponderante que como uno de oponérsele.

4. ¿Inexistencia de conflictos entre deberes jurídicos?

Hemos visto que COCA VILA parte de la idea de que "no existen" conflictos entre deberes jurídicos. A mi modo de ver, esa afirmación no solo es inconciliable con una descripción correcta del funcionamiento de un sistema jurídico, sino que, además, es internamente inconsistente con otras afirmaciones o asunciones presentes en la argumentación del autor. Él sostiene, en efecto, que, "[d]ado que las normas de comportamiento […] tienen que dirigirse a quien puede […] comportarse conforme a ellas, ante colisiones de deberes equivalentes el Ordenamiento jurídico solo podría dirigir a un ciudadano una única norma de comportamiento" (COCA VILA, p. 102). Pero entonces no se puede decir, en el marco del mismo argumento, que no existen los conflictos o colisiones de deberes, pues el segundo enunciado afirma precisamente lo contrario.

Un conflicto entre deberes previstos en abstracto es algo que, frente a determinados casos individuales, simplemente puede (y suele) suceder en las comunidades organizadas jurídicamente. Del hecho de que al destinatario de dos o más deberes jurídicos, en un caso concreto, corresponda exigirle el cumplimiento de uno solo, no se sigue que en tal caso no exista un conflicto entre dichos deberes. El conflicto existe, y por eso es usual que los mismos ordenamientos jurídicos

prevean metanormas expresas[5] cuya única función es resolver esas colisiones, como por ejemplo la del artículo 20.7 del CP español, o la del 34.4 del CP argentino, o los principios a partir de los cuales se resuelven los casos de concursos entre normas.[6] Y si tal metanorma no existe en un determinado ordenamiento, simplemente se estará ante un sistema jurídico inconsistente, en virtud de que no resuelve un conflicto que *se produce* en él.

COCA VILA, al menos en el resultado, comparte esta idea cuando admite que, en casos de conflictos de deberes, uno solo de ellos resulta de cumplimiento exigible. Sin embargo, lo incorrecto de su posición pasa, a mi juicio, por la explicación que ofrece para fundamentar por qué ello es así. Él, en efecto, sostiene que del ordenamiento jurídico no nacen —ni pueden nacer— dos deberes jurídicos limitados por una cláusula de reserva, sino que *desde un comienzo* emerge uno solo, que es el único aplicable. Pero ello, tal como ha sido advertido ya por la doctrina jurídico-penal,[7] implica pasar por alto que, si realmente en tales casos termina siendo aplicable uno solo de los deberes en juego, no es porque "desde un comienzo" no hay conflicto entre ellos, sino porque, frente al conflicto, y como ya mencioné, una metanorma prevista en el mismo sistema jurídico establece que así debe ser resuelto ese caso.

Que en un ordenamiento jurídico, como en el español o en el argentino, *exista* una metanorma conforme a la cual está permitido vulnerar un deber en cumplimiento de otro, demuestra que el legislador ha considerado *ex ante* como posible la existencia de conflictos de deberes. Y que metanormas como esas (reitero: como las del artículo 20.7 del CP español o la del artículo 34.4 del CP argentino) *se apliquen*, demuestra a su vez que esos conflictos ocurren. La existencia de conflictos de deberes, por lo demás, no es negada ni siquiera por autores que adscriben a una teoría bipartita del delito.[8] Con ello quiero decir que incluso aquellos que sostienen que la colisión de deberes y las causas de justificación se resuelven en el marco de una

[5] Por "metanorma" hay que entender, simplemente, a una norma de segundo orden que determina qué debe hacerse respecto de algo que sucede con otras normas de primer orden, es decir, que tiene como referencia central otras normas y no, por ejemplo, conductas humanas. Tal clase de metanormas son perfectamente positivizables en forma expresa en un ordenamiento jurídico, como sucede con las citadas en el texto, referidas a la exclusión del ilícito por cumplimiento de un deber. Vale esta aclaración para evitar que se caiga en la confusión de creer que una metanorma es necesariamente una norma ajena al derecho positivo vigente y por tanto "supralegal", o algo similar.

[6] Así ORTIZ DE URBINA GIMENO, "De moscas y agresores muertos", en *InDret Penal*, 3/2008, pp. 16 ss., 19 ss.

[7] Véase ORTIZ DE URBINA GIMENO, *supra* nota 6, pp. 22 ss.

[8] Como por ejemplo ORTIZ DE URBINA GIMENO, *supra* nota 6, p. 24 y *passim*.

suerte de tipo total, no por ello niegan la existencia de conflicto ni la calidad de deberes a los que coliden en un caso concreto.

En otras palabras, una colisión o un conflicto de deberes es presupuesto necesario de la aplicación de la metanorma que indica cuál es el deber aplicable al caso, porque, como ya dije, la única razón de ser de la existencia de esas metanormas es, justamente, la resolución de conflictos o colisiones entre normas (en este caso entre deberes). La existencia de dichas metanormas debería ser considerada, pues, como un indicador fuerte a favor de que existen conflictos de deberes.

5. ¿Conflictos entre razones de obligación y no entre deberes jurídicos?

Expuse más arriba que una de las tesis centrales de la obra que aquí analizo es que no existen conflictos genuinos entre deberes jurídicos, y esa afirmación ha sido ya objeto de crítica en el apartado anterior. Pero COCA VILA, a eso, agrega que sí es posible un conflicto entre las que él, siguiendo a KANT, denomina "razones de obligación". Estas, de acuerdo con el propio texto de KANT, coinciden tanto intensional como extensionalmente con lo que en la teoría del derecho y en la filosofía moral contemporáneas se aborda bajo el tópico de normas como "razones para la acción",[9] que se refiere, como no puede ser de otro modo, a la acción de un *sujeto*. KANT, en efecto, expresamente dice que lo que él denomina "razones de *la* obligación" (*Gründe* der *Verbindlichkeit*) se dan "en un sujeto" y no, obviamente, en el sistema jurídico.[10]

Pues bien, a raíz precisamente de su admisión de que es posible un conflicto entre razones, COCA VILA elabora luego su —ya descripta— propuesta para llevar adelante mecanismos de jerarquización, que en el marco de su esquema sería una ponderación entre razones y no entre deberes, o más precisamente: entre deberes que operan como razones y no entre deberes *tout court*.

[9] Véase al respecto, por todos, RAZ, *Razón práctica y normas* (trad. de Ruiz Manero), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 17 ss.

[10] Véase KANT, *La metafísica de las costumbres* (trad. de Cortina Orts y Conill Sancho), 4.ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, p. 31; para la versión en alemán véase KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Werkausgabe Band VIII, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1977, p. 330.

Es este paso de la argumentación de COCA VILA el que menos me convence de su tesis. Sin dudas es relevante y correcto distinguir, con algún eco en KANT, entre la existencia de normas como soluciones en abstracto para casos, por un lado, y la consideración de esas normas, por parte de sus destinatarios, como razones para su acción, por el otro.[11] Sin embargo, en su exposición COCA VILA no deja en claro si utiliza dicha distinción exactamente en estos términos y ello genera dificultades para comprender su propuesta.

Puede decirse, no obstante, que lo más probable es que COCA VILA haya asumido la distinción entre deberes objetivos como normas en abstracto (es decir, deberes *tout court*) y deberes como razones para la acción de un sujeto en los mismos términos en que esa distinción es empleada tanto por KANT como por la filosofía moral y jurídica más contemporánea. Porque, de no ser así, es de suponer que lo habría aclarado expresamente. Lo que resulta llamativo, no obstante, es que COCA VILA se valga de esa distinción para negar la existencia de conflictos entre deberes objetivos y aceptarla entre deberes como razones para la acción.

Dicha distinción es ciertamente atinente para demostrar que existe una diferencia entre la norma en abstracto aplicable a un caso (que es una cuestión relativa a la *existencia* de esa norma en el plano normológico), por un lado, y la norma como razón para la acción de un agente en un caso (que es una cuestión relativa al *peso* de esa norma en el plano práctico, es decir, en el balance de razones de ese agente), por el otro. Pero lo que esa distinción permite mostrar es que *puede* haber conflictos entre deberes en ambos planos, no lo contrario, y que se trata de conflictos de distinta naturaleza: normológicos o prácticos.

En efecto, si en abstracto dos normas (concretamente dos deberes) establecen soluciones contrapuestas para un caso concreto, del hecho de que, en el plano práctico, solo una de ellas sea tomada por el destinatario de ambas, sin conflicto psicológico alguno, como razón para su acción en ese caso, no se sigue que, ante tal situación, en el plano normológico no se produzca un conflicto entre las dos normas *prima facie* aplicables. Por su parte, en lo que respecta a cada uno de los deberes en cuestión, del hecho de que en el plano práctico uno de ellos sea derrotado en un caso por otras razones sustantivas que para su destinatario pesan más (derrotabilidad sustantiva) no

[11] Véase al respecto, entre muchos otros, RAZ, *supra* nota 9, pp.17 ss.; SCHAUER, *Las reglas en juego* (trad. de Orunesu y Rodríguez), Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 149 ss., 173 ss.; REDONDO, "Reglas 'genuinas' y positivismo jurídico", en *Analisi e Diritto*, 1998, pp. 243 ss.

se sigue que esa norma, en el plano normológico, deje de ser un deber genuino que *prima facie* rija para ese caso. Y es más: de la derrotabilidad sustantiva de una norma no se sigue tampoco su derrotabilidad lógica.[12]

No interesa abundar aquí en la distinción que cabe efectuar entre deberes lógicamente derrotables (que no serían deberes genuinos) y deberes *prima facie*[13] (o *pro tanto*, si se piensa que los deberes *prima facie* no son deberes genuinos porque vienen expresados en normas lógicamente derrotables),[14] que serían deberes genuinos por no ser lógicamente derrotables, aunque sí sean derrotables en un balance de razones del agente. Pero se trata de una distinción importante, en tanto permite considerar como genuino a todo deber expresado en una norma lógicamente no derrotable, aun cuando él pueda ser derrotado en un balance de razones.[15] Pues bien, si es necesario un balance de razones, y si esas razones son deberes, es porque *hay* un conflicto entre deberes (que operan como razones) y porque esos deberes son genuinos.

No puede negarse la existencia de un conflicto entre deberes genuinos por el hecho de que el ordenamiento jurídico permita resolverlo, ni negarse el carácter de deber genuino a una norma por el hecho de que ella, en un caso, deba ingresar a un balance de razones y en ese balance sea derrotada por otra. Ambas negaciones (y ambas fundadas en esos motivos) son sin embargo sostenidas por COCA VILA y por eso su argumentación resulta —a mi juicio— equivocada.

---

[12] Así REDONDO, *supra* nota 11, p. 249; CARACCIOLO, "Una discusión sobre normas derrotables", en *Discusiones 5: Razones y normas*, 2005, pp. 89 s. Habría derrotabilidad lógica cuando el condicional con el que se expresa una norma admite excepciones implícitas, no previstas en el ordenamiento jurídico positivo. Cuando ello sucede, se está ante una norma respecto de la cual no es aplicable el *modus ponens* ni la ley lógica del refuerzo del antecedente (sobre esto cf., por todos, NAVARRO, *Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas*, en ÍDEM, *Los límites del derecho*, Bogotá, Temis, 2005, p. 106). Si una norma así expresa un deber, este no será aplicable a un caso si el juez considera que, en él, se da alguna de dichas excepciones implícitas. Y como esas excepciones no forman parte del sistema jurídico, entonces lo que resulta es que esa norma, ya lógicamente, no expresa un deber genuino, porque de su propia estructura formal se sigue que él no es de cumplimiento obligatorio.

[13] Fundamental al respecto ROSS (1930), *The Right and the Good*, Oxford, Clarendon Press, 2002, pp. 19 ss. Para un análisis actual del concepto y de la función de los deberes *prima facie* véase BOUVIER, *Particularismo y derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 52 ss.

[14] Sobre esto véase CARACCIOLO, *supra* nota 12, p. 90; también GAIDO, "Introducción", en *Discusiones 6: Derecho y autoridad*, 2006, pp. 9 s., nota a pie 1, aunque alude a razones para la acción.

[15] Sobre todo esto véase REDONDO, *supra* nota 11, pp. 249 ss.

Nada de esto cambia porque se designe como "*prima facie*" a los deberes que en un caso están en conflicto. Que se los denomine así simplemente significa, para el plano normológico, que pueden ser desplazados para la solución del caso en virtud de una metanorma que así lo determina y, para el plano práctico, que valen como una razón no absoluta para la acción, porque son desplazables por otras razones. Del hecho de que los deberes o las razones sean *prima facie*, por lo tanto, no cabe inferir que el conflicto "se disuelve", en ninguno de ambos planos. El siguiente pasaje de SCHAUER, pensado en rigor para el plano práctico, es muy ilustrativo y aplicable también al plano normológico:

> [e]l mayor problema que provoca el uso de la expresión *prima facie* como descripción de las razones no absolutas es que sugiere que, en ciertas circunstancias […], las razones *prima facie* podrían simplemente desvanecerse. Pero esa caracterización induce a error. Las razones, incluso las razones no absolutas, no se evaporan cuando son superadas o dejadas de lado, de la misma manera que el guardia de seguridad no se evapora cuando es reducido por el asaltante de bancos. Lo que ocurre simplemente es que una razón —como el guardia— puede resultar suficiente en ciertas circunstancias, pero insuficiente en otras. Pero las razones y los guardias de seguridad ofrecen *resistencia* incluso cuando son insuficientes y, en cada caso, la presencia de esa resistencia demanda mayor fuerza para ser superada de la que hubiera sido necesaria en caso contrario.[16]

Por eso es especialmente problemática la afirmación de COCA VILA de que no se dan conflictos entre deberes jurídicos, pero que sí puede haberlos entre las (por él denominadas) razones de obligación. No es que haya deberes por un lado, que no pueden colisionar entre sí, y razones para la acción por el otro (que no detentan la calidad de deberes), que sí pueden colisionar entre ellas, que es lo que, por momentos, parece sostener COCA VILA. En los casos concretos, son *los deberes* previstos en abstracto los que operan como razones para la acción (o como razones de la obligación) de un agente, sin perjuicio de que además operen otras clases de razones que compitan con esos deberes, como por ejemplo ciertos deseos del agente.

[16] SCHAUER, *supra* nota 11, p. 175 (cursivas en el original).

Ahora bien, de la exposición de COCA VILA creo que puede inferirse que, aunque describa el conflicto que le parece admisible como una colisión de deberes que operan como razones, lo que quiere es determinar cuál deber *tiene que serle impuesto* al agente, o cuál deber tiene que ser la razón de su actuar con independencia de que la hubiese considerado o no como tal. Pero entonces COCA VILA debería admitir que la jerarquización necesaria para resolver ese conflicto tiene que llevarse a cabo entre todos los deberes objetivos en principio aplicables al caso y no únicamente entre los deberes que de hecho operaron como razones para la acción del agente. Y si eso es así, resulta evidente que se trata de una ponderación de deberes y no de razones, o con más precisión: de deberes objetivos y no de deberes que operaron como razones de un agente. Considerar como relevante y posible únicamente el conflicto entre razones de obligación implica dejar en manos del agente, y no del derecho, la determinación del deber aplicable al caso. Seguramente esta no es una consecuencia con la que COCA VILA estaría de acuerdo, pero es la que se sigue de su argumento, al menos si se lo interpreta literalmente.

La ponderación que lleva a cabo el propio agente entre distintos deberes que operan como razones de su obligación es nada más que una cuestión de hecho de la que no se siguen consecuencias normativas: es simplemente la ponderación interna que él hace. Puede, ciertamente, ser descripta también por un observador externo. Pero de esa descripción, si es solo eso, tampoco se seguirá ninguna consecuencia normativa.

Para que al agente se le pueda decir "has ponderado mal, pues no tuviste en cuenta este deber que prevalece sobre el que consideraste como razón para tu acción", o "has ponderado bien, porque el deber que consideraste como razón para tu acción es el que prevalece", y para que de ello, a su vez, surja una consecuencia normativa como la imputación o no imputación de responsabilidad penal (que es lo que hace el derecho y, me parece, lo que a COCA VILA en realidad le interesa), entonces —valga la reiteración— es necesario ponderar todos los deberes objetivos vigentes e imponibles como tales al agente y no solo los deberes objetivos que *de hecho* han operado como sus razones de obligación.

Si se tiene todo esto en consideración, lo que resulta es que, según cómo se interprete lo que COCA VILA pretende hacer, cabe concluir que él o bien ofrece una descripción falsa de cómo funcionan nuestros ordenamientos jurídico-penales, o bien ofrece una propuesta de solución que es descriptiva y materialmente correcta pero lógicamente inconsistente. Precisaré esto a continuación.

Cuando se está ante un caso que involucra más de un deber, una reconstrucción posible del argumento de COCA VILA sería la siguiente ("opción A"):

> Premisa 1: Entre deberes jurídicos vigentes en abstracto no hay conflictos.
>
> Premisa 2: Los conflictos se dan entre deberes que operan como razones para la acción (o razones de obligación) del agente.
>
> Premisa 3: La resolución del conflicto entre esas razones determina cuál es el único deber jurídico vigente en abstracto aplicable *ab initio* al caso.
>
> Conclusión: Es aplicable al caso un deber jurídico tomado en cuenta por el agente como razón para su acción o como razón de su obligación.

Este argumento, como se ve, es lógicamente válido, porque su conclusión se infiere correctamente de las premisas. Su problema, sin embargo, consiste en que, como sus premisas son falsas, su conclusión también lo es. Dicha conclusión no es una descripción verdadera de cómo opera el derecho. Porque según esta reconstrucción queda en manos del agente individual, y no del derecho, la resolución respecto de cuál es el deber jurídico aplicable al caso.

En efecto: de acuerdo con la premisa 3, el único deber aplicable tiene que ser alguno de los considerados por el agente en su balance de razones. Sin embargo, esto no es lo que sucede cuando se aplica el derecho, sino justamente lo que esa aplicación quiere evitar. El derecho *impone* la norma aplicable a un caso con independencia de que haya sido o no tomada en consideración por el agente como razón para su acción (salvo, por supuesto, que el agente no hubiese tenido ninguna posibilidad de saber cuál era la norma aplicable).

Estoy segura de que COCA VILA rechazaría la conclusión de esta reconstrucción de su argumento. Pero, como ya dije, es la única reconstrucción (correcta) posible si uno acepta literalmente su tesis de que lo que interviene en el balance o ponderación, en caso de conflicto, no son deberes jurídicos *tout court*, sino deberes jurídicos que han operado como razones de (la) obligación.

Si en lo que COCA VILA está pensando, en cambio, es en un balance objetivo que lleva a cabo el juez a partir del derecho para determinar cuál es la norma aplicable a un caso entre varias que coliden, entonces ya no debería plantear la cuestión en términos de normas que operan como

razones, sino en términos de balance de normas (en este caso de deberes) vigentes en abstracto. Claro que, en tal caso, COCA VILA simplemente sostendría la tesis tradicional, que es sin embargo la que niega, a saber: que el conflicto y la ponderación ulterior se produce entre los deberes jurídicos vigentes en abstracto y aplicables en principio al caso.

Por otra parte, si con la expresión "razones de obligación" COCA VILA quisiera aludir a algo diferente a "razones para la acción" y, así, hacer referencia a un balance objetivo que tome en cuenta todas las razones posibles y no solo las consideradas por el agente, entonces no solo se alejaría de la idea de KANT en la que intenta basarse (que como vimos entiende a las "razones de la obligación" como razones de un sujeto o de un agente), sino que nos ofrecería nada más que un cambio terminológico respecto de la tesis tradicional.

En tal caso, en efecto, COCA VILA estaría empleando la expresión "conflicto de razones" para referirse a algo que, en rigor (y simplificando), es un conflicto de deberes. Su propuesta, por lo tanto, no aportaría ningún cambio sustantivo, sino, como dije, uno meramente terminológico y, además, difícil de justificar. Porque proponerles a los penalistas y a los teóricos del derecho que reemplacen la expresión "conflicto (o colisión) de deberes" por la de "conflicto (o colisión) de razones de obligación" importa una alteración terminológica significativa en el lenguaje aceptado por esas disciplinas que, por lo tanto, exige una justificación apoyada en razones especialmente plausibles. Pero ellas, a mi juicio, aquí no se dan.

Es posible, con todo, reconstruir de manera no literal el argumento de COCA VILA, de modo de evitar la falsedad descriptiva a la que conduce la "opción A". Para ello, habría que agregar una premisa a esa opción. Denominaré "opción B" a esta reconstrucción alternativa de lo que sucede cuando se está ante un caso que involucra más de un deber:

> Premisa 1: Entre deberes jurídicos vigentes en abstracto no hay conflictos.
>
> Premisa 2: Los conflictos se dan entre deberes que operan como razones para la acción (o razones de obligación) del agente.
>
> Premisa 3: La resolución del conflicto entre esas razones determina cuál es el único deber jurídico vigente en abstracto aplicable *ab initio* al caso.

> Premisa 4: El conflicto entre esas razones se decide en función de una ponderación entre todos los deberes jurídicos vigentes en abstracto, con independencia de que hayan sido o no tomados en cuenta por el agente como razones para su acción.
>
> Conclusión: El único deber aplicable *ab initio* al caso es el que vence en esa ponderación.

En esta opción B, como puede notarse, el agregado de la premisa 4 permite arribar a una conclusión descriptivamente verdadera, porque, según esta, la decisión respecto de cuál es el deber aplicable no depende del agente, sino del derecho, que es lo que caracteriza precisamente a la aplicación de un ordenamiento jurídico. Sin embargo, el costo a pagar es invalidar internamente el argumento, porque esa premisa 4 es contradictoria con la premisa 1. Tengo la impresión de que lo descripto en la "opción B" es lo que realmente hace COCA VILA, en cuyo caso le cabrá la referida objeción a la consistencia interna de su argumento.

Por supuesto que, además de conflictos (objetivos) entre deberes, puede haber conflictos (subjetivos) entre razones, entre las que, como dije, habrá también deberes si son conocidos por el agente, es decir: puede haber conflictos tanto en el plano lógico como en el plano práctico y es claro que unos no se siguen necesariamente de los otros. Pero si al agente se le impone una determinada solución del conflicto tomándose en cuenta todos los deberes vigentes aplicables en principio al caso (que es lo que en verdad hace COCA VILA), es porque la ponderación determinante se hace entre deberes objetivos aunque estos no hayan operado, en el caso concreto, como razones para su acción (o como sus razones de obligación). Y si *esa* ponderación es posible, es porque el conflicto entre deberes existe (entre todos los deberes aplicables), con independencia del conflicto que además pueda darse entre los deberes que operen como razones del agente.

6. ¿Exclusión del tipo en caso de colisión de deberes?

Una de las razones en las que COCA VILA apoya su conclusión de que los casos de cumplimiento de un deber en detrimento de otro deben ser resueltos ya en el ámbito de la tipicidad se vincula con su asunción de que no hay conflictos de deberes, pues es ello lo que luego le permite afirmar que la inobservancia del deber que no se cumplió (en aras de satisfacer el prioritario) no implica una infracción y que, por lo tanto, no puede ser considerado siquiera típico.

Pues bien, en función de las objeciones efectuadas en los puntos III.4 y III.5, ese argumento debe quedar a mi juicio descartado como razón a favor de la solución de la atipicidad. Porque, conforme indiqué allí, si uno de esos deberes no es aplicable, no es porque no haya habido conflicto entre ellos, sino porque lo ha habido y él, simplemente, ha sido solucionado por el mismo sistema jurídico, en estos casos incluso a partir de una metanorma expresa.

Que esa metanorma (aquí: la del artículo 20.7 del CP español o la del artículo 34.4 del CP argentino) sea tomada como una causa de justificación que excluye solo la antijuridicidad pero no la tipicidad, o como una causal de exclusión ya de la tipicidad, dependerá en todo caso de otras razones materiales, pero no de ese argumento formal basado en la supuesta inexistencia de conflicto.

COCA VILA, de hecho, ensaya otras razones para sustentar su tesis de la exclusión de la tipicidad, pero tampoco me han resultado convincentes. Recuérdese, en tal sentido, que el autor sostiene una posición muy particular respecto de la relación entre tipo y antijuridicidad. Porque, pese a que afirma que no existen razones materiales de peso que justifiquen distinguir entre esas dos categorías, de todas formas no adhiere a una teoría bipartita del delito y mantiene la diferenciación por razones didácticas. Distingue entonces, tras ello, entre causas de exclusión del ilícito que eliminarían solo la antijuridicidad (que serían las que él identifica como causas de justificación, las que, en su esquema, son aquellas en las que en la resolución del conflicto es dirimente la posición del afectado o competencia de la víctima) y otras que excluyen ya la tipicidad, como —en su opinión— el cumplimiento de un deber en detrimento de otro.

El problema que presenta esta concepción reside, a mi juicio, en que la distinción propuesta por COCA VILA entre causas de justificación, por un lado, y cumplimiento de un deber, por el otro, está basada no en meras razones didácticas, como él sostiene, sino en una razón genuinamente material, que consiste en el papel que juega la posición del afectado en la exclusión del ilícito.

En efecto, al introducirse una distinción entre competencia preponderante de la víctima (o del afectado) y competencia preponderante del autor para caracterizar la justificación y el tipo, respectivamente, se brinda una explicación sustantiva a esa distinción y no puramente formal o de orden. Y si luego el autor basa en esa distinción no solo su toma de postura sistemática a favor de la atipicidad en tales casos, sino también gran parte de su caracterización conceptual de la colisión

de deberes en derecho penal, ¿cómo puede afirmar entonces que no hay razones materiales de peso para distinguir entre tipo y antijuridicidad?

Desde mi punto de vista, COCA VILA ha intentado seguir un camino intermedio que no parece que pueda tener base en una fundamentación coherente. Creo que él o bien debería haber negado sin más todo peso suficiente a las razones materiales para distinguir entre tipicidad y antijuridicidad, y adoptar una teoría bipartita (o incluso una unitaria) del delito, o bien asumir que las razones materiales que él ofrece para fundar esa distinción son de peso suficiente y simplemente sostener que, en el caso de la exclusión del ilícito por cumplimiento de un deber, lo que se excluye es ya el tipo porque allí la competencia de la víctima no es la dirimente. Lo que ha ofrecido, en cambio, es una fundamentación que, por abrevar a la vez en posiciones muy disímiles (con el objeto, tal vez, de no dejarla demasiado expuesta a la crítica de ninguna de ellas), acaba siendo poco clara y hasta objetable.

Fuera de ello, en verdad no me convence la idea central de COCA VILA para respaldar su posición de que existe una diferencia relevante entre tipo y antijuridicidad, basada en el papel preponderante de la competencia de la víctima como supuesta característica paradigmática de las causas de justificación. Hay casos en los que esa preponderancia de la competencia de la víctima conduce a excluir ya la tipicidad, como sucede por ejemplo en la estafa, o en todos aquellos supuestos en los que, dentro del marco de la teoría de la imputación objetiva, esa competencia resulta decisiva para excluir el tipo, como por ejemplo en las diferentes variantes de lo que la doctrina dominante denomina autopuesta en peligro. Ver en esto, entonces, una razón clave para justificar la distinción entre tipicidad y antijuridicidad, puede que, en muchas ocasiones, conduzca a resultados poco satisfactorios.

Y si esto es así, es decir, si este argumento de COCA VILA no logra fuerza suficiente para sostener una diferencia material relevante entre tipo y antijuridicidad, entonces todo parecería indicar que, de las dos opciones señaladas antes, debió seguir la de adoptar una teoría bipartita del delito. De ese modo su conclusión sobre este punto habría sido al menos coherente con su extensa refutación a prácticamente todas las razones materiales conocidas para distinguir entre aquellas dos categorías.

IV. Conclusión

Como dije al comienzo de esta recensión, estamos frente a una obra muy significativa e interesante, que estimula la discusión y exige un alto nivel de reflexión por parte del lector. No coincido con varios de sus presupuestos, pero tampoco creo que sea necesario asumirlos para poder aceptar algunos de sus aportes más valiosos, como por ejemplo el método de ponderación que propone. Si COCA VILA sostuviese que de lo que se trata es de una ponderación no entre razones (o en rigor: no entre deberes que operan como razones), sino entre deberes *tout court*, provocada por un conflicto genuino entre deberes, seguramente estaríamos mucho más cerca de un acuerdo, al menos en lo esencial, que de un disenso relevante.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 6, pp. 272-302

LA INTERVENCIÓN DELICTIVA EN EL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE. UN DESAFÍO PARA LA DISTINCIÓN ENTRE NORMAS DE COMPORTAMIENTO Y REGLAS DE IMPUTACIÓN

Dr. Andrés FALCONE*

Fecha de recepción: 5 de mayo de 2018
Fecha de aprobación: 27 de mayo de 2018

I. Planteamiento del problema. El estado de necesidad exculpante frente a las exigencias de la accesoriedad limitada

Desde su primer sistema moderno, la teoría del delito se desarrolla —en tanto teoría de la imputación— sobre una afianzada y aparentemente incuestionable distinción fundamental entre la desaprobación de un hecho y la de su autor. En tal sentido, aún hoy continúa siendo dominante la posición que define el contenido de este juicio adscriptivo a partir de dos estadios o momentos: el primero, constituido por la evaluación de un suceso externo, considerado —formalmente— a partir del incumplimiento de la norma inferida de un precepto legal y —materialmente— de la afectación a un bien jurídico. En el segundo estadio del sistema, la valoración sobre el autor se establece a partir de la potestad que tiene el derecho de exigirle a un ciudadano la realización de una conducta distinta a la que *causó* ese hecho, cuyo juicio negativo ya se encuentra perfeccionado. Entonces, la dogmática jurídico-penal, en tanto ciencia hermenéutica, se siente orgullosa de poder presentar a su comunidad un complejo sistema de resolución de conflictos, cuya técnica operacional funciona sobre la base de esta bipartición.[1]

* Docente de la Universidad de Buenos Aires. Magister Legum y Doctor en Derecho por la Universidad de Regensburg (Alemania). Email: falconeandres@gmail.com. El presente trabajo se desarrolló en el marco del proyecto de investigación "Supuestos problemáticos de estado de necesidad exculpante" —UBA Ciencia y Tecnología—; Código: 20020150200084BA; Dirección: Macelo D. Lerman. El autor agradece, además, a Ivó Coca Vila, Marcelo Lerman, Jazmín Auat y Alberto Barbuto por los numerosos comentarios y sugerencias.

[1] En este sentido, fue WELZEL ("Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahren und die finale Handlungslehre", en *JuS*, 1966, p. 421) quien sostuvo que la distinción entre tipicidad, antijuridicidad y

Ahora bien, según esta posición dominante, de forma previa al estudio de las concretas circunstancias que pudieron haber llevado al autor a la realización del hecho desaprobado —lo que imposibilitaría el perfeccionamiento de este juicio adscriptivo—, el ordenamiento jurídico-penal establece que también forman parte del hecho el ejercicio de ciertas defensas que posee el ciudadano a su favor, frente a peligros de origen externo que afectan bienes jurídicos de su titularidad. De este modo, si se realiza una defensa como esta, el hecho acaecido resulta, finalmente, aprobado por el derecho, que reconoce en cabeza del sujeto de imputación un *derecho de necesidad*. Entonces, el perfeccionamiento de la imputación de un delito a un autor se ve impedido tanto cuando, a pesar de que se contraríe una norma, no opera una lesión a un bien jurídico —por lo que no existe un hecho desaprobado—, como cuando al autor no puede imputársele la no realización de un hecho distinto al desaprobado. En efecto, la nítida diferenciación entre una lesión *justificada* a un bien jurídico y la *inevitabilidad* de la conducta del autor constituye el reverso de la consagrada distinción entre la desaprobación del hecho y del autor.[2]

Entonces, según esta línea de pensamiento, el instituto del estado de necesidad se encontraría sistemáticamente dividido entre el juicio sobre el hecho y sobre su autor, abarcando así toda la estructura del delito. En este sentido, el Código penal alemán distingue entre el estado de necesidad justificante, que opera en el injusto (hecho), y el estado de necesidad exculpante, que opera en la culpabilidad (autor). En efecto, el § 35, 1.º párr., 1.ª oración, StGB —estado de necesidad exculpante— establece expresamente que quien, con el fin de evitar un peligro para la vida, el cuerpo o la libertad cometa un hecho antijurídico *actúa sin culpabilidad*. De modo coincidente, aunque con una técnica legislativa más deficitaria, el ordenamiento jurídico-penal argentino distingue entre el estado de necesidad justificante y el exculpante, y este último

culpabilidad "es el paso más importante de la dogmática de las últimas dos o tres generaciones". En sentido coincidente, se refieren a la distinción entre injusto y culpabilidad como el ejemplo fundamental del alto nivel de la dogmática jurídico-penal actual, en lugar de muchos, JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.ª ed., 1996, § 39.I.1.; RUDOPHI, "vor § 19", en *SK-StGB*, 6.ª ed., Carl Heymanns, Colonia, 1997, n.º m. 2; SCHUNEMANN, "Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft", en *FS-Roxin*, Gruyter, Berlín y otras, 2001, p. 12; LENCKNER, "vor § 13", en *S/S-StGB*, 28.ª ed., Müller, Múnich, 2010, n.º m. 20.

[2] Véase, en lugar de muchos, JAKOBS, *AT*, 2.ª ed., Gruyter, Berlín, 1991, § 13 n.º m. 1-8; ROXIN, *AT* I, Beck, Múnich, 2006, § 22 n.º m. 1 ss.

encuentra consagración legal en el art. 34, inc. 2, CP, en el que se establece que no resulta punible el que obrare violentado por amenazas de sufrir un mal inminente y grave.[3]

En otro orden de cosas, dejando momentáneamente de lado el instituto del estado de necesidad, la teoría del delito se enfrentó —desde la restricción de la autoría, instituida aún sobre la relación de causalidad, a partir de criterios formales— al problema de tener que determinar qué causales de exclusión de la imputación, que afectan al autor, deben aplicarse también al partícipe. Así, resulta indubitado que no puede imputarse la complicidad primaria —según art. 45, 1.ª oración, CP— en un delito de lesiones, por ejemplo, a quien le alcanza un arma a un tercero para que este se defienda de forma *necesaria* —según art. 34, inc. 6, CP—. Aquí, si resulta imposible la imputación de un hecho desaprobado al autor, lo propio ocurriría con la atribución de aquel al partícipe, siempre que se entienda que la conducta de este resulta *accesoria* frente a la de aquel. Sin embargo, desde sus inicios representó un problema para la dogmática la atribución del injusto del hecho (principal) al partícipe en casos de inculpabilidad del autor, puesto que, por ejemplo, el otorgarle el arma —según art. 45, CP— a un incapaz de culpabilidad —según art. 34, inc. 1, CP— para que mate a un tercero —art. 79 CP— debería resultar tan poco imputable

[3] Véase GONZÁLEZ ROURA, *Derecho penal*, t. II, 2.ª ed., 1925, p. 46; NUÑEZ, *PG*, 4.ª ed., Lerner, Córdoba, 1999, p. 197; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *PG*, 2.ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 747. Sin embargo, no puede pasarse por alto que, al margen de la inclusión del estado de necesidad exculpante en este precepto, según la posición mayoritaria, lo cierto es que, en verdad, una interpretación gramatical obliga a pensar que aquí el legislador solo incluyó la afectación a la autodeterminación por medio de coacciones —las que, a su vez, tampoco determinarían, en todos los supuestos, un estado de necesitad exculpante en el hombre de adelante—. Así también, FONTÁN BALESTRA, *Derecho penal. Introducción y parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 361.Entonces, pareciera preferible considerar que, al margen del estado de necesidad justificante de art. 34, inc. 3, y de la coacción de art. 34, inc. 2, CP, el ordenamiento jurídico-penal argentino reconoce, en términos de la doctrina mayoritaria, un estado de necesidad exculpante *supralegal*, con requisitos más amplios que los incluidos en art. 34, inc. 3. Esta fue la solución de la dogmática alemana, frente al estado de necesidad justificante en el ordenamiento jurídico-penal alemán, antes de la inclusión del actual § 34 StGB. También en favor de una cláusula de exclusión supralegal (no escrita), JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. VI, 3.ª ed., Losada, Buenos Aires, 1962, p. 935. Sobre ello se volverá *infra* II.1. Finalmente, según este sistema, la disposición que impone la pena del delito culposo en el exceso en los supuestos de necesidad —art. 35, CP— quedaría reservada para aquellos casos en los que no podría hallarse —según la dogmática tradicional— ni siquiera un estado de necesidad exculpante —ej.: casos de competencia del autor por la situación de peligro—.

como la conducta posterior de aquel, con las graves consecuencias político-criminales que ello traería aparejado.[4]

En consecuencia, el Código penal alemán —desde 1943— limita la accesoriedad de la participación a las circunstancias valoradas en el injusto principal y no a las incluidas en el juicio de culpabilidad. Así, el § 29, StGB —bajo el título "La punibilidad independiente del participe"— establece que "cada partícipe será castigado según su culpabilidad, sin consideración de la culpabilidad de otro". De modo semejante, la doctrina mayoritaria sostiene que en el ordenamiento jurídico-penal argentino las reglas de la accesoriedad limitada se desprenden de art. 48, CP, en el que se establece que "las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan".[5] Entonces, combinadas las normas del estado de necesidad y de la accesoriedad limitada de la participación criminal dan por resultado que tanto en el Código penal alemán como en el argentino la intervención delictiva en un estado de necesidad exculpante determina, al mismo tiempo, la impunidad del autor y, *ceteris paribus*, la plena responsabilidad del partícipe.[6]

Plantéese, entonces, el siguiente caso base de trabajo al que, a lo largo de este estudio, se le efectuarán ulteriores modificaciones: los compañeros de trabajo A, B y C salen a dar un paseo en lancha en un mar bravío. En medio de la tempestad, la embarcación se estrella contra un portentoso muelle de piedra, de modo que A y B quedan flotando sobre una pequeña porción de madera de la nave, que, sin embargo, no puede soportar el peso de dos adultos.[7] C, a quien la

[4] En lugar de muchos, cfr. JAKOBS, *supra* nota 2, § 23 n.º m. 1-7; JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 1, § 61 VII; ROXIN, *supra* nota 2, § 26 n.º m. 6 ss.

[5] En lugar de muchos, FIERRO, *Teoría de la participación criminal*, Ediar, Buenos Aires, 1964, p. 331; SOLER, *Derecho penal argentino*, t. II, Tea, 1983, p. 260; NUÑEZ, *supra* nota 3, p. 257; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 3, p. 800. De otra opinión, reconoce un injusto propio (autónomo) del partícipe en el ordenamiento jurídico-penal argentino SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción,* Hammurabi, Buenos Aires, 2005 [1991], pp. 766 ss.; ÍDEM, *Ilícito personal y participación*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001 [1997], pp. 61 ss.

[6] Véase solo, respectivamente, ROXIN, *supra* nota 2, § 22 n.º m. 66 ss.; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 3, pp. 800 ss.

[7] El caso propuesto es próximo al conocido como "tabla de Carnéades" —*Brett des Karneades*—, ideado por el filósofo Carnéades de Cirene (ca. 214 a. C. – ca. 129 a. C.). Sin embargo, aquí la disputa no se produce en el

marea arrojó a las piedras del muelle, se encuentra a salvo pero no puede hacer más que observar lo que ocurre entre sus compañeros, sin poder intervenir materialmente. Seguidamente, C decide alentar a A, quien además de ser compañero es su íntimo amigo, a empujar a B afuera de la tabla y así poder salvarse, lo que efectivamente ocurre. En este caso, la doctrina mayoritaria, tanto alemana como argentina, observaría un homicidio exculpado en A —según § 211 en conexión con el § 35, StGB y art. 79 en conexión con el art 34, inc. 2, CP— y una instigación —según § 211 en conexión con el § 26, StGB— o determinación directa —según art. 79, en conexión con el art. 45, 1.ª oración, CP— al homicidio de C.[8] Agréguese, entonces, que en el ordenamiento jurídico-penal argentino la determinación directa tiene en todos los casos el mismo marco penal que el autor, lo que, desde ya, representa una dificultad en sí misma.[9]

Sin embargo, entiendo que una solución tal resulta incompatible con un derecho penal liberal que pretende erigirse como garante del mantenimiento de un sistema de libertades.[10] Entonces, este trabajo analizará, en primer término, soluciones alternativas al problema propuesto, desde el prisma de la misma teoría del injusto personal (*infra* II.) y, en segundo término (*infra* III.), el instituto del estado de necesidad y la accesoriedad de la participación a partir de un sistema de la teoría de la imputación que prescinda de una separación conceptual estricta entre injusto y culpabilidad. Seguidamente, se modificará el caso propuesto y se considerarán las especificidades de la complicidad, como forma de intervención delictiva, frente al estado de necesidad exculpante (*infra* IV.). A renglón seguido, se ofrecerán los resultados (*infra* V.). Finalmente, cabe mencionar que el presente trabajo se enmarca en un apartado especial de la revista jurídica "En Letra: Derecho Penal" dedicado a la tesis doctoral de Ivó Coca Vila —*La colisión de deberes en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016—y que los resultados obtenidos en esta tesis serán fundamentales

nado asimétrico hacia la tabla, sino que el dilema se plantea una vez que ambos se encuentran en esta, sin que ninguno posea, *prima facie*, ventajas sobre el otro.

[8] Véase, en lugar de muchos, ROXIN, *supra* nota 2, § 22 n.º m. 3. Sin embargo, en este caso, GALLAS ("Täterschaft und Teilnahme", en *Materialien zur Strafrechtsreform* I, Bonn, 1954, p. 134) advierte una autoría mediata del hombre de atrás ya que, por la situación de necesidad en la que se halla el hombre de adelante, este no podría "ceder a la tentación" de realizar el hecho propuesta por aquel y estaría "en sus manos", de modo que el hombre de atrás detentaría el dominio del hecho. Pero, como este no es competente por la situación de necesidad en la que se halla el hombre de adelante, por más fuerte que sea la determinación, no puede afirmarse su autoría. Entonces, esta solución no puede ser compartida. Sobre ello se volverá *infra* III.3.

[9] Crítico sobre ello, ya FALCONE, *La caída del dominio del hecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017, pp. 110 ss.

[10] En nuestro medio, también advierte el problema VACCHELI, "La crisis de la accesoriedad limitada", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, n.º 2, 2015, pp. 142-144.

para el desarrollo de los acápites III.2 y III.3 del presente trabajo. Por lo demás, corresponde felicitar al consejo editorial de la irevista por la acertada decisión de destinar una sección exclusiva al análisis de aquella investigación.[11]

II. Las propuestas de solución intrasistemáticas. Las causales de exculpación como instituto intermedio entre el injusto y la culpabilidad

1. La justificación en casos de igualdad jerárquica de intereses ponderados

Desde los posicionamientos que identifican el contenido material del injusto en la afectación a un bien jurídico y que, por consiguiente, realizan una estricta separación entre la desaprobación por parte del derecho de un determinado hecho y de su autor, surgieron propuestas que intentaron intensificar la distinción conceptual y sistemática entre causales de exculpación y de inculpabilidad, incluidos entre aquellas el estado de necesidad exculpante y el exceso (intensivo) en la defensa necesaria.[12] A resultas de ello, las causales de exculpación se acercaron —en sus consecuencias sistemáticas—, en mayor o menor medida, al juicio sobre el hecho (objetivo) y, en tal medida, a las causales de justificación.[13] Entonces, en lo atinente al problema propuesto al principio de este trabajo, debe tenerse presente que mientras que ante una conducta justificada no es admisible la defensa necesaria, no resulta punible la participación criminal y el error de tipo permisivo realiza, en todo caso, el tipo del delito culposo, en la conducta inculpable está habilitada

[11] Los resultados principales de la mencionada tesis se encuentran incluidos en COCA VILA, "La colisión entre razones de obligación en Derecho penal. Bases para una revisión del concepto y de los fundamentos de disolución de la colisión de deberes jurídico-penal", *InDret,* n.º 1/2017, *passim*.

[12] Sobre esta distinción, en lugar de muchos, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Gruyter, Berlín, 1969, p. 179; BOCKELMANN/VOLK, *AT*, Beck, Múnich, 1987, p. 127; JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 1, § 43 II; LENCKNER, "§ 35", en *S/S-StGB*, 28.ª ed., Müller, Múnich, 2010, n.º m. 2; KUHL, *AT*, 7.ª ed., 2012, § 12 n.º m. 4-10. Expresamente en contra de esta distinción, ROXIN, "Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht", en *FS-Bockelmann,* Beck, Múnich, 1979, pp. 288 ss.

[13] Sin embargo, un sector doctrinal emprendió el camino inverso y, a partir del gradual vaciamiento del contenido subjetivo de las causales de exculpación, las aproximó sistemáticamente a las condiciones objetivas de punibilidad. Sobre ello *infra* 3. y 4.

la defensa necesaria, la participación —como ya se sostuvo— resulta punible y el error sobre los presupuestos objetivos de una causal de exculpación no excluye el dolo.[14]

En este sentido, aun luego de imponerse la teoría de la diferenciación entre el estado de necesidad justificante y exculpante en la dogmática jurídico-penal alemana —lo que sucedió en la década de 1930[15]— Welzel se pronunció en favor de considerar la aprobación por ordenamiento jurídico (justificación) de conductas obrantes en estado de necesidad, cuando el bien jurídico salvado fuera la vida propia y el lesionado ajeno fuera "de igual o superior valor".[16] Esta primera formulación de Welzel —luego abandonada en las posteriores ediciones de su manual— fue seguida por Gimbernat Ordeig, quien sostuvo que, a diferencia de lo que ocurre con el resto de las causales de exclusión de la culpabilidad, en el estado de necesidad exculpante el autor aún puede comprender la norma y motivarse por ella, de modo que la única razón por la que el legislador —en el § 35, StGB— habría renunciado a esa exigencia es que no quiere, en absoluto, motivar al autor en sentido contrario. Entonces, no resultaría cierto que la pena sea inidónea para combatir un hecho tal, sino que el derecho no desearía llevar a cabo tal contienda.[17] En sentido coincidente, Díaz y García sostiene que en el ordenamiento jurídico-penal español no puede hallarse un estado de necesidad que no sea justificante. Esto, sumado a las imposiciones de la accesoriedad limitada, da como resultado que en el caso planteado al comienzo la conducta de A estaría justificada y la de C resultaría no punible.[18]

[14] Véase ROXIN, *supra* nota 2, § 22 n.º m. 3; JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 1, § 43 II. Cabe mencionar que, igualmente, los defensores de la teoría estricta de la culpabilidad —considerada en la actualidad, mayoritariamente, una reliquia del finalismo más puro— también confirman el dolo en el error de tipo permisivo. Así, en lugar de muchos, SCHROEDER, "§ 16", en *LK*, 11.ª ed., 1994, n.º m. 36.

[15] En la imposición de la teoría de la diferenciación en la dogmática jurídico-penal alemana resultaron especialmente influyentes los estudios monográficos de HENKEL, *Der Notstand nach gegenwärtigem und zukünftigem Recht*, Beck, Múnich, 1932 y MAURACH, *Kritik der Notstandslehre*, Heymanns, Berlín, 1935. Sobre ello ROXIN, *supra* nota 2, § 16 n.º m. 1.

[16] WELZEL, *supra* nota 12, pp. 50-51. Coincidente, MAIHOFFER, "Der Unrechtvorwurf", *FS-Rittler*, Scientia, Aalen, 1957, p. 162. En este sentido, y en consonancia con la propuesta argumentativa ofrecida en este trabajo, sostuvo MAYER (*AT*, 2.ª ed., Winter, Heidelberg, 1923, p. 191) que en la actuación en estado de necesidad se relevaría al autor del deber de fidelidad para con la norma y, en consecuencia, la conducta resultaría no prohibida.

[17] GIMBERNAT ORDEIG, "El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad", en *Nuevo Pensamiento Penal*, n.º 3, 1974, pp. 91 ss.

[18] DÍAZ Y GARCÍA, *La autoría en derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, pp. 248-249.

En nuestro ámbito, una solución similar es sostenida por Soler. Para este autor, aun cuando los bienes en colisión sean objetivamente iguales, también el hecho resultaría subsumible en art. 34, inc. 3, CP y el hecho resultaría justificado. Y ello porque la "diferencia de males" planteada en el inciso debe apreciarse necesariamente desde una *perspectiva subjetivista*. En efecto, lo fundamental en este supuesto sería que, para el autor, su propia vida es un bien mayor —"el sumo bien del hombre"— y para ello debe tomarse como parámetro un hombre medio —"ni un héroe ni un perseguido"—. Sin embargo, Soler se opone a que, desde esta perspectiva, pueda causarse justificadamente un mal más grave para evitar un mal menor y lamenta que *de lege lata* no pueda distinguirse entre estados de necesidad justificantes y exculpantes.[19] En resumidas cuentas, según este pensamiento, en el caso planteado al comienzo del trabajo, también se llegaría a la conclusión de que la conducta de A está justificada y la de C resulta impune, en función de los fundamentos de la accesoriedad limitada.[20]

2. La teoría de la responsabilidad por el hecho (Tatverantwortung)

El intento más influyente de diseñar una categoría dogmática independiente entre el injusto y la culpabilidad —capaz de albergar las causales de exculpación— lo constituye, sin lugar a dudas, la teoría de la responsabilidad por el hecho (*Tatverantwortung*), que reconoce en Reinhart Maurach su autor. En efecto, Maurach sostiene que la evaluación del autor en concreto, en la teoría del delito, debería efectuarse en el marco de la atribuibilidad, como segundo momento analítico, inmediatamente posterior al del injusto. Entonces, esta categoría contaría con dos componentes o grados: la responsabilidad por el hecho y la culpabilidad. Así, habría responsabilidad por el hecho cuando la conducta del autor no se haya desarrollado en el marco de una influencia externa tal que impida una "situación motivacional normal", de modo que aún pueda exigírsele al ciudadano "cierta firmeza frente a las circunstancias que impulsan hacia el delito".[21]

En efecto, la clave de la inclusión de esta categoría intermedia en un estadio previo al de la culpabilidad radicaría en que en la responsabilidad por el hecho se establece una comparación entre la conducta efectivamente realizada por autor y la esperada de todos los demás ciudadanos en un caso semejante —*hombre medio*—, a partir de los estándares introducidos por el legislador

[19] SOLER, *supra* nota 5, pp. 367-368.

[20] Cfr. SOLER, *supra* nota 5, p. 266. En contra, NUÑEZ, *supra* nota 3, p. 162.

[21] MAURACH/ZIPF, *AT* I, 7.ª ed., Müller, Heidelberg, 1989, § 31 n.º m. 13 ss.; ÍDEM, *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, Wolfenbütteler, Wolfenbüttel y otras, 1948, pp. 36 ss.

en el tipo de exculpación.[22] Entonces, recién en el segundo componente o grado de la atribuibilidad —esto es, en la culpabilidad— se dirigiría un reproche al autor en concreto, cuyo contenido consiste en verificar si este tuvo la posibilidad de reconocer el alcance de su hecho y de adecuar su voluntad a tal conocimiento. En este sentido, entiende Maurach que mientras que la responsabilidad por el hecho contiene una *reprobación* todavía abstracta, la culpabilidad contiene un *reproche* concreto sobre el autor, en el que la apelación a un ciudadano medio resulta irrelevante.[23]

En concreto, sobre el estado de necesidad exculpante, sostuvo Maurach que su inclusión en la responsabilidad por el hecho y, por lo tanto, como instituto intermedio entre injusto y culpabilidad, radica en que a pesar de que, al igual que en la culpabilidad, la conducta adecuada a la norma resulte aquí *inexigible*, esta inexigibilidad se encuentra regulada legalmente a partir de un método estandarizado. Consecuentemente, resultaría irrelevante tanto el efecto psicológico que la situación de necesidad produce en el autor, como la fuerza de resistencia individual por él empleada para sortear tales circunstancias.[24]

Finalmente, en el marco de la intervención delictiva, la teoría de la responsabilidad por el hecho traería aparejada que en la distinción entre la accesoriedad limitada (tradicional) y la extrema —las que incluyen un hecho principal antijurídico o culpable, respectivamente— resultaría menester considerar una nueva forma de accesoriedad, que incluya un hecho principal típico, antijurídico y con responsabilidad por el hecho, sin necesidad de que este resulte culpable. De este modo, en el caso de los amigos A, B y C plantado al inicio de este trabajo, también aquí la conducta de A resultaría exculpada y la de C no punible, pues no existiría aquí un hecho principal con responsabilidad del autor por el hecho.[25]

---

[22] MAURACH/ZIPF, *supra* nota 21, § 31 n.º m. 17.

[23] Entonces, el juicio comparativo de la culpabilidad resulta más depurado: mientras en la responsabilidad por el hecho la reprobación se funda en la realización de una conducta peor que la que habrían llevado a cabo los demás, el objeto del reproche de la culpabilidad se perfecciona a partir de lo que la conducta del autor pudo ser, en virtud de su propia capacidad. Así, la capacidad de imputabilidad y la conciencia de ilicitud —y su reverso, la inimputabilidad y el error de prohibición— constituyen la totalidad del contenido de la culpabilidad, cuyo juicio de reproche consiste en el abuso del autor de un hecho punible de su capacidad de enjuiciamiento y dirección. Cfr. MAURACH/ZIPF, *supra* nota 21, § 31 n.º m. 18-20.

[24] MAURACH/ZIPF, *supra* nota 21, § 33 n.º m. 8.

[25] MAURACH/ZIPF, *supra* nota 21, § 32 n.º m. 6. La segunda consecuencia que la teoría de la responsabilidad por el hecho traería aparejada consiste en que, si la conducta no entraña responsabilidad, no estarían

En nuestro medio, la teoría de la responsabilidad por el hecho de Maurach fue introducida por Jiménez de Asúa[26] y en la actualidad es mantenida principalmente por Bacigalupo.[27] Para este este último autor no podría afirmarse válidamente que el orden jurídico *apruebe* la realización de una acción en estado de necesidad exculpante, sino que aquí la gravedad del ilícito resultaría insuficiente para legitimar el ejercicio del *jus puniendi*, pues la lesión a la vigencia de la norma resulta sensiblemente menor. En efecto, Bacigalupo considera que las causales de exculpación deberían fundamentarse a partir del parámetro de la inexigibilidad de una conducta adecuada a la norma, al margen del estudio de las causales de inculpabilidad.[28]

Sin embargo, este autor rechaza la distinción entre reprobación y reproche de Maurach, pues entiende que acierta el sector doctrinal que señala que el juicio generalizado *in abstracto* también tiene lugar en casos de inimputabilidad, por lo que una fundamentación como la por él planteada no tendría sustento.[29] En este sentido, Bacigalupo afirma que el dilema de la ubicación sistemática de las causales de exculpación se basa en que, en estas, la dogmática acepta, simultáneamente, el menor contenido del injusto pero rechaza la inexigibilidad como presupuesto —en tanto estadio previo— de la culpabilidad. Entonces, la solución se hallaría en establecer una categoría que aunara todas las *causales de disminución de la ilicitud* y en las que una conducta conforme a la norma no fuera exigible.[30] Finalmente, la conducta del partícipe en el marco de un hecho principal exculpado —en nuestro caso C— debería resultar no punible.[31]

3. La "teoría sincrética" de la doble reducción de la culpabilidad

En lo ateniente a la fundamentación de la impunidad de la conducta que obra en el marco de una casual de exculpación, se impone en la actualidad la doble reducción de la culpabilidad que se

habilitadas las medidas de seguridad, lo que resultaría relevante en casos de inimputables que obren en estado de necesidad exculpante. Sobre ello, ROXIN, *supra* nota 2, § 19 n.º m. 50. BACIGALUPO, *PG*, 2.ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 399-400.

[26] Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *supra* nota 3, pp. 935 ss.

[27] Se han expresado en favor de la teoría de la responsabilidad por el hecho también DONNA, *Teoría del delito y de la pena* II, Astrea, Buenos Aires, 1995, pp. 191 ss.; RUSCONI, *PG,* 3.ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, pp. 568-569.

[28] BACIGALUPO, *supra* nota 25, pp. 388 ss.

[29] BACIGALUPO, *supra* nota 25, p. 391. Lo sigue RUSCONI, *supra* nota 27, pp. 568-569.

[30] BACIGALUPO, *supra* nota 25, p. 395.

[31] BACIGALUPO, *supra* nota 25, p. 400.

sustenta, por un lado, en el injusto menor del autor, quien —con su conducta— también intenta la conservación de bienes jurídicos (valor de acción) y, por otro lado, en la aflicción espiritual que sufre el autor.[32] Esta, así denominada, teoría sincrética de la culpabilidad fue propuesta originariamente por Armin Kaufmann[33] y Rudolphi[34] y, a pesar de partir de una fundamentación dogmática consonante, sus defensores proponen, como se observará, soluciones sistemáticas disímiles.[35]

En efecto, Armin Kaufmann valora positivamente el intento de Maurach de aislar componentes sistemáticos heterogéneos frente a un concepto de culpabilidad que no alcanza claridad ni siquiera en un pensamiento mayoritario.[36] Así, Kaufmann considera un acierto, por un lado, la desvinculación de la inexigibilidad de la categoría de la culpabilidad y, por otro lado, la consideración de todos los casos de estado de necesidad a partir de un juicio general y abstracto[37]. Sin embargo, para este autor, ese juicio no debería efectuarse en comparación con la "gente en general", sino únicamente con aquellos capaces de culpabilidad y conocedores del injusto. De este modo, afirma terminantemente Kaufmann que la verificación razonable de exigibilidad presupondría reprochabilidad —culpabilidad—: "¡el *conocimiento del deber* y, por ende, el elemento intelectual de la reprochabilidad *antecede lógicamente a la cuestión de la exigibilidad!*".[38] Entonces, para Kaufmann, a la intervención delictiva en el estado de necesidad exculpante no podría eximírsele de pena, en virtud de los postulados de la accesoriedad limitada de la participación.

Por su parte, Rudolphi, toma similares argumentos y fundamenta la solución opuesta. Para este autor, es cierto que en el estado de necesidad exculpante la salvación de un bien jurídico —a

[32] Véase, sobre ello, BERNSMANN, *„Entschuldigung" durch Notstand*, Heymanns, Colonia y otras, 1989, pp. 204-213.
[33] KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Schwartz, Göttingen, 1954, pp. 204 ss. Luego también en ÍDEM, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2.ª ed., Schwartz, Göttingen, 1988, pp. 156 ss.
[34] RUDOPLHI, "Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i.S. der § 52, 53 Abs. 3 und 54 StGB strafbar?", ZStW, t. 78, 1966, pp. 81 ss. Luego también en ÍDEM, "§ 35", en SK-StGB, 7.ª ed., 1999 n.º m. 2 ss.
[35] En detalle sobre la fundamentación iusfilosófica del estado de necesidad exculpante para esta teoría véase PAWLIK, "Una teoría del estado de necesidad exculpante" (trad. DIAS/LERMAN/SABADINI), en *InDret,* n.º 4/2015, pp. 9-11.
[36] KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2.ª ed., Schwartz, Göttingen, 1988, p. 179.
[37] KAUFMANN, *supra* nota 36, p. 173.
[38] KAUFMANN, *supra* nota 36, p. 175 (en bastardilla en el original).

costa de otro— reduciría el injusto y, de forma mediata, la culpabilidad. Sin embargo, deberían ser las raíces disculpantes del estado de necesidad y no el menor contenido del injusto lo determinante a la hora de definir la ubicación sistemática del instituto. En efecto, aquí el legislador habría renunciado, *de modo general*, a forzar la observancia de la norma por medio de la pena y ello debería considerarse en el estudio de la individualidad del autor, de modo que la reducción del contenido de ilícito debería ser entendida, únicamente, como "una tipificación de una atenuación de la culpabilidad" a considerase en su propio ámbito.[39] En este sentido, lo novedoso de este planteamiento radica en que a pesar de ser las causales de exculpación un elemento de la teoría de la culpabilidad, la exclusión de pena que traen aparejadas debería trasladarse también al partícipe —C, en nuestro caso original—.[40]

4. Las teorías orientadas a la prevención

En el pensamiento de Schmidhauser, la sistemática adoptada en los derechos de necesidad y su "teoría de la totalidad" en materia de intervención delictiva llevarían a adoptar una posición semejante a la de Rudolphi. En este sentido, Schmidhauser distingue entre sentido y fin de la pena (en el marco de su célebre "teoría de la diferenciación") y emparenta este último con el mantenimiento de la criminalidad dentro de los límites tolerables para la convivencia social, de modo que, en términos preventivo-generales, la condena serviría de amenaza a la colectividad de lo que ocurre en este ordenamiento jurídico ante un hecho semejante (vertiente negativa) y muestra, al mismo tiempo, la validez de la norma (vertiente positiva).[41] En este sentido, tal perspectiva funcional de la pena trae aparejada que, para este autor, el estado de necesidad meramente disculpante no habilitaría la defensa necesaria —justificante— del agredido, de modo que quien se encuentra en una comunidad de peligro junto al necesitado "tiene que eludirlo" y a su favor solo operaría otro estado de necesidad exculpante.[42]

[39] RUDOLPHI, *ZStW*, t. 78, 1966, pp. 85 ss.
[40] RUDOLPHI, *supra* nota 39, pp. 89 ss.
[41] SCHMIDHAUSER, *AT*, 2.ª ed., Mohr, Tübingen, 1975, cap. 3, n.º m. 8 ss., esp. 15 ss. En general, sobre la fundamentación del estado de necesidad exculpante en el marco de las teorías preventivas véase BERNSMANN, *supra* nota 32, pp. 213-235.
[42] SCHMIDHAUSER, *supra* nota 41, cap. 11 n.º m. 9 ss.

En este sentido, como ya se sostuvo, este autor tampoco defiende una rígida concepción de las reglas de la accesoriedad y acerca su modelo al concepto unitario de autor.[43] En efecto, para él, la distinción entre autores y partícipes no podría fundarse en reglas herméticas, sino que deberían considerase dieciséis elementos de contenido objetivo y subjetivo, a partir de una "consideración total". Así, entre las circunstancias objetivas el autor menciona la presencia en el lugar del hecho, la proximidad temporal entre la aportación del sujeto y el resultado, la importancia de la contribución para la producción del resultado, la magnitud del dominio del acontecimiento, la intensidad de la preparación del hecho y la sustituibilidad del interviniente. A su vez, entre las circunstancias subjetivas, Schmidhauser menciona el interés inmediato o mediato en el hecho, su planificación, la elección de su objeto, la importancia personal en comparación con otros intervinientes, la subordinación libre o no libre de la voluntad propia a la decisión de otro y el acuerdo sobre la forma de repartir el botín.[44] Entonces, a partir de un análisis tópico como el presente, que niega una estricta separación entre injusto y culpabilidad en el marco de la concesión de derechos de defensa y que, a la vez, se opone a una categórica distinción entre autoría y participación, no existirían impedimentos para resolver nuestro caso a partir de la impunidad de las conductas de A y de C.

Finalmente, luego de partir de una similar fundamentación de la pena de carácter preventivo-funcional —aunque incluye el parámetro limitante del principio de culpabilidad—, Roxin conceptualizó la impunidad en el estado de necesidad exculpante de modo cercano a Maurach pero, sin embargo, llegó a la solución opuesta.[45] Así, para Roxin, Maurach acierta en afirmar que en estos casos la exención de pena no se fundaría en consideraciones sobre la culpabilidad individual, sino que aquí —en general—, debido a las circunstancias excepcionales en las que la conducta acontece, no es necesaria la punición. Pero, para Roxin, entender este juicio como general y abstracto no acerca el estado de necesidad exculpante y el exceso en la defensa necesaria al injusto, sino que, por el contrario, los aleja aun más. En efecto, en estos el injusto debería

[43] SCHMIDHAUSER, *supra* nota 41, cap. 14 n.º m. 57 ss.

[44] Crítico, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9.ª ed., de Gruyter, Berlin y otras, 2015 p. 678; DÍAZ Y GARCÍA, *supra* nota 18, p. 699.

[45] Para ROXIN (*supra* nota 2, § 22 n.º m. 6.) la exención de pena en el estado de necesidad exculpante hallaría su fundamento político-criminal, por un lado, en la poca frecuencia con que acontecen estas situaciones, ya que apenas existiría, entonces, una necesidad preventivo-general de intimidar a los demás y, por otro lado, en que los autores de tales hechos tampoco precisarían de una intervención preventivo-especial —de carácter resocializador—.

considerarse plenamente perfeccionado y el juicio subjetivo y concreto, propio de la culpabilidad, les resultaría ajeno, de modo que el "estado de necesidad excluyente de responsabilidad" presupondría una conducta plenamente culpable.[46]

En efecto, señala Roxin que la proximidad de su posición a la de Maurach se advierte incluso desde lo terminológico. Así, los casos incluidos por este en la responsabilidad por el hecho son analizados por aquel en el marco de la responsabilidad, como supra-categoría, integradora también de la capacidad de culpabilidad y de la conciencia de antijuridicidad.[47] Sin embargo, para Roxin las causales de exculpación no deberían alejarse sistemáticamente de las condiciones objetivas de punibilidad, sino que, por su proximidad conceptual, deberían establecerse como su momento analítico previo. A su vez, afirma que del hecho de que las circunstancias del hecho excluyentes de responsabilidad (también) reduzcan el injusto, no debería inferirse la justificación de una categoría dogmática independiente.[48]

Entonces, para Roxin resultaría equivocada la determinación legislativa del § 35, StGB —"actúa *sin culpabilidad*"— y la posición mayoritaria que señala que aquí el fundamento de la ausencia de culpabilidad se halla en la considerable reducción de la capacidad de motivación conforme a la norma; en un "menoscabo anormal en la libre determinación de la voluntad".[49] De ser ello así, afirma acertadamente Roxin, no se podría explicar por qué la merma —sin exclusión— en la autodeterminación haría caer la culpabilidad y no, meramente, reducirla; por qué se habrían incorporado las excepciones del § 35, 1.º párr., 2.ª oración, StGB, ya que también estas personas sufren *in concreto* una merma en su autodeterminación;[50] por qué el § 35, 2.º párr., StGB atendería a la invencibilidad en el error, ya que la presión anímica sería la misma también en caso de vencibilidad; y, finalmente, por qué se habría efectuado una reducción del ámbito de los bienes jurídicos salvables —vida, integridad física y libertad—, lo que no resultaría defendible desde una perspectiva subjetivista[51].

[46] ROXIN, *supra* nota 2, § 19 n.º m. 50.
[47] ROXIN, *supra* nota 2, § 19 n.º m. 51.
[48] ROXIN, *supra* nota 2, § 19 n.º m. 52.
[49] Como se sostuvo en la sentencia del Tribunal del Imperio RGSt t. 66, p. 225.
[50] Sobre ello se volverá *in extenso*, *infra* III.2.
[51] ROXIN, *supra* nota 2, § 22 n.º m. 8. Coincide, tanto en la fundamentación como en las soluciones, también, JAKOBS, *supra* nota 2, § 20 n.º m. 1 ss.

En resumidas cuentas, y a pesar de lo acertado de estas críticas, en atención al caso propuesto, Roxin entiende que la participación en estado de necesidad exculpante resultaría, *ceteris paribus*, punible. Ello resultaría de la inclusión del estado de necesidad exculpante como instituto propio de la responsabilidad y de los postulados de la accesoriedad limitada, que obligaría a considerar individualmente la responsabilidad de cada interviniente.[52]

III. El estado de necesidad exculpante como elemento de la norma de comportamiento

1. Normas de comportamiento y reglas de imputación

Lo expuesto hasta aquí permite efectuar un análisis crítico no solo sobre la fundamentación de la impunidad de la conducta realizada en el marco de una causal de exculpación, sino también —verdadero núcleo del problema— sobre la posibilidad de concebir una categoría de injusto plenamente divorciada de la de culpabilidad. En este sentido, los resabios —aún existentes— de la constitución del hecho punible como causación evitable, cuya legitimación se cimenta sobre la *utilidad* de la *prevención* de ataques a bienes jurídicos, debe superarse en favor de una teoría de la imputación basada en la lesión a un deber de mantenimiento del estado de libertades, del que se benefician tanto el sujeto de imputación como la víctima. Expuesto someramente, es este beneficio que las relaciones de ciudadanía implican para el agente —en el que la idea de libertad se realiza en el Estado— el principal fundamento de la legitimidad de la reafirmación de la vigencia del derecho *a costa* del agente, luego de la lesión del mencionado deber.[53]

En este sentido, en una teoría del delito verdaderamente sistemática[54] y legitimada sobre la lesión del mantenimiento de un estado de libertades —a resultas de un ejercicio abusivo de

[52] ROXIN, *supra* nota 2, § 22 n.º m. 66-67.

[53] PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr, Tübingen, 2012, pp. 82 ss.; ÍDEM, *Ciudadanía y Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 42-45; ÍDEM, *La libertad institucionalizada*, Marcial Pons, Madrid y otras, 2010, pp. 85-88; KINDHAUSER, "Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht", *JRE* 2, 1994, p. 342; MURMANN, "Über den Zweck des Strafprozesses", *GA*, 2004, p. 70.

[54] En este sentido, se entiende por sistema "la unión de múltiples conocimientos bajo una misma idea". Así KANT, "Kritik der reinen Vernunft" en: ÍDEM, *Werke in zehn Bänden*, t. IV, Weischedel, Darmstadt, 1983, p. 696. Lo sigue PAWLIK, *supra* nota 53, p. 75; CARO JOHN, Manual teórico-práctico de teoría del delito, Ara, Lima, 2014, p. 24 ss. Véase también SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2.ª ed., B d F, Montevideo y Buenos Aires, 2010, p. 285.

libertad—, se impone, en lo que al problema expuesto en este trabajo importa, el desarrollo de dos categorías dogmáticas. Entonces, como primer elemento de la teoría de la imputación, el derecho le impone al ciudadano con claridad —*lex stricta*— qué es lo que este debe o no debe hacer, según se trate de un mandato o de una prohibición, para contribuir con el mantenimiento del estado de libertades del que también él se beneficia. De este modo, el derecho le impone al ciudadano el cumplimiento de una determinada *norma de comportamiento*.[55]

De este elemento también forman parte los derechos de necesidad, que justifican la conducta del autor a partir de un ejercicio de autonomía de la víctima, de modo que la defensa necesaria pueda reconducirse a una agresión ilegítima suya —plenamente responsable— y el estado de necesidad defensivo al peligro generado a partir de un defecto de organización también suyo. Sin embargo, y de modo excepcional, el deber de tolerancia de la víctima por el estado de necesidad agresivo del agente, como se verá, no se legitima en la autodeterminación de aquella, sino en los deberes de solidaridad que (también) recaen sobre la víctima, como resultado de las relaciones de ciudadanía.[56] De esta manera, la competencia de la víctima por el injusto del agente es, por definición, un elemento de la teoría de las competencias —en la forma— y de la extensión de las normas de comportamiento —en el fondo—.[57]

Pero una teoría del delito que pretenda erigirse como teoría de la imputación basada en la autodeterminación del agente debe también prever (todas) las condiciones en las que el cumplimiento de una determinada norma de conducta no resulta exigible. Entonces, el segundo elemento de la teoría de la imputación establece las *reglas de imputación*, que complementan las normas de conducta.[58] En efecto, este elemento impone considerar el conjunto de capacidades del

[55] Fundamental KINDHAUSER, *Gefährdung als Straftat*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1989, pp. 29 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Dunkler und Humblot, Berlín, 1993, pp. 33 ss.; MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, Nomos, Baden-Baden, 2009, pp. 29 ss.; EL MISMO, *Norma, causalidad y acción*, Marcial Pons, Madrid y otras, 2014, pp. 17 ss.

[56] PAWLIK, *supra* nota 53, pp. 237 ss.; ÍDEM, *Ciudadanía y Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 103-106; WILLENMAN, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, Mohr, Tübingen, 2014, pp. 33 ss. y *passim*; COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 248 ss.

[57] VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Dunkler und Humblot, Berlín, 1993, pp. 57 ss., esp. 70; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, Heymanns, Colonia y otras, 1999, pp. 245 ss.; PAWLIK, *supra* nota 53, pp. 215 ss.

[58] A diferencia de las normas de comportamiento, estas reglas no se dirigen al ciudadano común, sino a los operadores jurídicos en general y a los jueces en especial. En lugar de muchos, KINDHAUSER, *Gefährdung als*

ciudadano, en una situación concreta, de motivarse por la norma penal. Entonces, aquí no solo debe considerarse lo que el ciudadano efectivamente advirtió como conforme a derecho, sino también la posibilidad que tuvo de motivarse en función de lo advertido como jurídicamente obligado.[59]

En este sentido, un ordenamiento jurídico basado en la idea rectora de la libertad debe posibilitar la retirada general de instancias de sanción y de control estatales si los ciudadanos compensan con autocontroles lo que se ahorran en controles externos. En efecto, a cada ciudadano le corresponde la incumbencia —*Obliegenheit*— de, por un lado, efectuar un examen prudente de las condiciones jurídicas y fácticas de la situación en la que tiene lugar la conducta y, por otro, de motivarse para dar cumplimiento a la norma jurídica. Entonces, en este elemento de la teoría de la imputación se delimita no ya la extensión del deber de actuación —competencia—, sino la extensión de la incumbencia del esfuerzo en favor de su cumplimiento.[60]

Según se expuso con anterioridad, como límite al deber del ciudadano de motivarse en favor de la norma penal —ejercicio de fidelidad al derecho—, se establece, desde la teoría del injusto personal, que no merece pena aquel ilícito en el que el cumplimiento de la norma de comportamiento, por las concretas circunstancias del autor, hubiera requerido un esfuerzo más allá del umbral de lo exigible, por lo que se instituye en su favor una causal de exculpación.[61] De este modo, la impunidad de la conducta exculpada tendría una fundamentación radicalmente distinta a la de la justificada, de forma tal que, de ser esto correcto, se estaría imponiendo una

Straftat, Klostermann, Frankfurt am Main, 1989, pp. 13, 29 s.; HRUSCHKA, "Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln", en *Rechtstheorie*, t. 22, 1991, pp. 450 ss.; PAWLIK, *supra* nota 53, p. 126.

[59] VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Dunkler und Humblot, Berlín, 1993, p. 70; PAWLIK, *supra* nota 53, pp. 215 ss.; MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, Nomos, Baden-Baden, 2009, pp. 46 ss.; ÍDEM, *Norma, causalidad y acción*, Marcial Pons, Madrid y otras, 2014, pp. 23 ss. De otra opinión, sin embargo, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, Heymanns, Colonia y otras, 1999, pp. 217 ss., quien afirma que no es posible pensar la existencia de un injusto independiente de la capacidad del sujeto de comprender la norma (p. 219).

[60] Fundamental, HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2.ª ed., de Gruyter, Berlín y otras, 1988, p. 418; KINDHAUSER, *Gefährdung als Straftat*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1989, pp. 65 ss.; MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, Nomos, Baden-Baden, 2009, pp. 68 ss.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr, Tübingen, 2012, pp. 302 ss. Crítico sobre la aplicación de la teoría de las incumbencias en el derecho penal, en general, MONTIEL, "¿Existen las Obliegenheiten en el Derecho penal?", *InDret*, n.º 4/2014, pp. 20 ss. y *passim*.

[61] Véase, con más bibliografía, PAWLIK, *supra* nota 35, pp. 9-11.

estricta distinción entre causales de justificación y de exculpación, lo que a su vez se contempla como una de las más importantes manifestaciones de la separación entre injusto y culpabilidad. Pero esta solución no puede mantenerse, puesto que ambas presentan características comunes, tanto sistemáticas como en materia de legitimación.[62]

En este sentido, justamente el ejemplo propuesto al principio del trabajo arrojará luz sobre esta problemática. Así, en un caso de tal extremidad, el derecho debe fundamentar la decisión de no punir al agente también frente a aquel para cuya protección sirve la norma de comportamiento instituida. Entonces, debe explicarse por qué la devaluación de la posición jurídica de la víctima del ataque —que subyace a aquella renuncia— es compatible con su reconocimiento como ciudadano. Y ello solo es posible en la medida en que se logre fundamentar que está *permitido* recurrir en general al destinatario del ataque para la evitación del peligro que amenaza a su contrincante y, entonces, las razones por las que un ciudadano puede ser requerido para contribuir a la superación de una situación de necesidad de otro ciudadano resultan de la teoría de las competencias.[63]

Entonces, en concreto, en el estado de necesidad exculpante, el derecho de necesidad en favor del autor se fundamenta en la importancia vital del conflicto.[64] Así, deben distinguirse tres posibles situaciones: que el control de la situación de peligro caiga en el ámbito de competencias del autor, que la situación de peligro pueda reconducirse normativamente al destinatario de la intervención o, finalmente, que no pueda responsabilizarse de esta a ninguno de los intervinientes.

---

[62] Así, afirma PAWLIK, *supra* nota 53, p. 130: "una diferencia categorial *desde el punto de vista de la teoría del delito* entre causas de justificación y causas de inculpabilidad, por lo tanto, no existe. Ni el destructor de bienes ajenos que obra justificadamente, ni el que obra en una causa de no culpabilidad cuestiona mediante su acción la vigencia de la norma" (con cursiva en el original). En sentido coincidente, y puntualmente sobre lo que en este trabajo importa, afirma BACIGALUPO (*supra* nota 25 p. 402) que la única diferencia entre el estado de necesidad justificante y el exculpante es la diferencia esencial de jerarquía entre el interés jurídico que se salva y el que se sacrifica. De otra opinión, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, Heymanns, Colonia y otras, 1999, pp. 271 ss.

[63] PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr, Tübingen, 2012, pp. 360 s.; PAWLIK, *supra* nota 53, p. 136; véase también COCA VILA, *supra* nota 56, pp. 461 ss.

[64] Así, PAWLIK (*supra* nota 35, pp. 13 ss.) funda la potestad del autor de descargar el conflicto en la víctima en el concepto hegeliano de *sujeto*: "El concepto de sujeto posibilita entender como una demanda legítima, según la teoría de la libertad, al interés de quien interviene para salvar aquellos bienes propios que para él son de trascendencia existencial".

En el primer caso, el autor no goza de un derecho de necesidad, pues el peligro que le amenaza ha sido producido por él mismo. Pero, como se demostrará a continuación, esto cambia en el segundo y el tercer grupo de casos.[65]

2. Distribución de competencias y derechos de necesidad

Entonces, en el caso propuesto al comienzo, resulta fundamental emitir un juicio de jerarquización para evaluar la relación intersubjetiva entre A y B, en un estadio previo al ejercicio de la agresión a manos de cualquiera de ellos. El resultado de esta evolución será el otorgamiento a uno de ellos de un derecho de necesidad y, como contrapartida, un deber de tolerancia para el otro. En efecto, este juicio consta de dos momentos: en el primero se evalúa el grado de competencia de cada sujeto por el conflicto a partir de un análisis de la relación entre las dos esferas jurídicas enfrentadas —desde el prisma de los principios de autonomía y solidaridad— y, más concretamente, a partir de la toma en consideración de la provocación del conflicto o de la posición especial de deber que detente alguno de los necesitados. El segundo momento analítico, complementario del primero, consiste en una comparación de los bienes jurídicos en juego, matizado su valor a partir de la intensidad de lesión que los amenaza y la probabilidad tanto de que se produzca el daño, como de que la conducta salvadora lo evite.[66]

A partir de este sistema, entonces, el deber de soportar el peligro recaerá, en primer término, en quien tenga competencia plena por la provocación de la necesidad. En el caso propuesto, esto ocurriría, por ejemplo, si el naufragio se hubiera producido luego de que A condujera el bote de modo temerario y contando en todo momento con la producción de una colisión fatal. En tal sentido, la competencia de A por el peligro, sumada a la actualidad de su agresión y al perfeccionamiento de su imputación subjetiva daría como resultado el otorgamiento de un derecho a la *defensa necesaria* para la víctima de la agresión —cuyo único límite se hallará en la extrema desproporción de los intereses en liza— y la imposición del correspondiente deber de tolerancia al agresor.[67] Sin embargo, puede ocurrir igualmente que no pueda referirse aquí a una defensa necesaria estándar, puesto que el agresor ha perdido la capacidad de revocación de una

[65] PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr, Tübingen, 2012, pp. 237 ss.; WILLENMANN, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, Mohr, Tübingen, 2014, pp. 41 ss.; COCA VILA, *supra* nota 56, pp. 339 ss.

[66] El análisis siguiente se basa en los resultados de la investigación realizada en COCA VILA, *supra* nota 56, pp. 331 ss.

[67] WILLENMANN, *supra* nota 65, pp. 166 ss.; COCA VILA, *supra* nota 56, pp. 349 s.

agresión que continúa, pero que sea asimilable puesto que el resultado de la agresión aumenta, se intensifica o se repite.[68]

En segundo término, puede que la creación del peligro sea igualmente reconducible normativamente a alguno de los necesitados —en nuestro caso, nuevamente a A—, pero con un defecto en su conducta en el marco de la imputación subjetiva del hecho. Este sería el caso si la colisión se produjera luego de que A se distrajera en la conducción del bote, solo por un instante y de modo levemente negligente. Aquí, existiría en cabeza de A solo una competencia preferente por el peligro creado, que daría lugar a un derecho al *estado de necesidad defensivo* en favor de B. Y este solo encontraría un límite en el caso de que exista una preponderancia esencial de los intereses de A sobre los de B.[69]

En tercer término, puede ocurrir que ambos intervinientes en la comunidad de peligro sean responsables por este. Así, deben diferenciarse dos casos: los de competencia preferente y los de competencia equivalente. Como ejemplo del primer supuesto piénsese ahora que el bote en el que naufragan A y B es un pequeño bote-escuela, en el que A es el capitán y B es el aprendiz y el accidente se produce por la conducción imprudente de este, sumada a la falta de una correcta vigilancia de aquel. Entonces, si se entiende que un aprendiz normalmente puede cometer errores de modo imprudente, luego —ya en la tabla— B mantendría un estado de necesidad defensivo frente a A, que podría ejercerse mientras no haya una preponderancia esencial de los intereses de A sobre los de B.[70] El segundo supuesto, en el que ambos participantes sean equivalentemente competentes —este sería el caso en que A y B fueran ambos capitanes de la embarcación y la hubieran conducido de modo antirreglamentario y luego de una ingesta masiva de alcohol—, se resolvería contrarrestando ambos deberes de tolerar, de modo que la solución sería, según

[68] KINDHAUSER, "§ 32", en *NK-StGB*, 6.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2015, n.º m. 53 ss.

[69] Cfr. LESCH, *Notwehrrecht und Beratungsschutz*, Paderborn, Múnich y otras, 2000, pp. 48-49; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr, Tübingen, 2012, pp. 237 ss.; WILLENMANN, *supra* nota 65, pp. 297 ss.; COCA VILA, *supra* nota 56, pp. 251 s.; ÍDEM, "Entre la responsabilidad y la solidaridad", *InDret,* n.º 1, 2011, *passim*. De otra opinión, PALERMO, *La legítima defensa*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 327, para quien el agresor imprudente "justifica su deber de tolerar una reacción defensiva en legítima defensa".

[70] Así, LERMAN, "Colisión de competencias en casos de estado de necesidad exculpante", en *InDret* , n.º 1/2017, p. 15.

entiendo, exactamente igual a la del caso original, en el que ninguno de los náufragos resulta competente por el peligro.[71]

Pero como ya se indicó, el conflicto también puede resolverse en contra de uno de los necesitados sin que la situación de peligro resultante sea atribuible a un acto organizativo evitable suyo. En efecto, la vida en comunidad resultaría imposible si el ordenamiento jurídico limitara la interacción entre ciudadanos a deberes negativos de abstención derivados del principio romano de *leminem laedere*. Entonces, determinadas posiciones institucionales vinculadas *prima facie* con el funcionamiento del Estado y de la familia les imponen a determinadas personas —padres en el marco de la relación paterno-filial y esposos, por un lado, y jueces, policías, bomberos, médicos de hospitales públicos, guardavidas, etc., por el otro— la garantía de tutela de derechos fundamentales de determinados beneficiarios. En este sentido, en caso de que A sea el padre de B (menor de edad) o que A sea un bombero o un policía en ejercicio de sus funciones, en caso de un naufragio cuya producción no pueda reconducirse normativamente a ningún acto organizativo evitable, A deberá tolerar el derecho de B de neutralizar el peligro en el marco de un estado de necesidad defensivo —hasta el límite de la preponderancia esencial de sus intereses—.[72]

Ahora bien, en caso de que no exista una preponderancia esencial en favor del interés salvado frente al interés afectado —como ocurre en el caso propuesto al inicio—, el ordenamiento jurídico-penal alemán obliga a considerar, únicamente, la prerrogativa otorgada por el estado de necesidad exculpante, según el § 35, StGB, y no la del estado de necesidad justificante. Sin embargo, aquel exige expresamente, para su goce, que el necesitado no haya causado el peligro ni que deba afrontarlo en virtud de una relación jurídica especial (1.º párr., 2.ª oración) y ya nos hemos referido recién a la competencia organizacional e institucional a la que, según la moderna dogmática, este precepto alude. Sin embargo, aún queda por remarcar, por un lado, que esta oración clarifica, aun más, que aquí estamos frente a un problema de competencias y no de reglas de imputación, puesto que, de otra forma, no podría fundamentarse la existencia de este postulado, ya que también quien causa el peligro o debe responder por este sufriría una merma en

[71] Así, también LERMAN, *supra* nota 70, p. 17. Sobre ello se volverá *infra* 3.
[72] Cfr. COCA VILA, *supra* nota 56, pp. 358 ss.

su motivación y, sin embargo, queda excluido del beneficio.[73] Por otro lado, también debe señalarse que el art. 34, inc. 2, CP no posee una disposición como esta y entiendo que ello resulta conveniente, pues el § 35, 1.º párr., 2.ª orcación, StGB no contempla los supuestos aquí introducidos, en el que ambos integrantes de la comunidad de peligro son, tanto de modo equivalente como relegado, competentes por el peligro creado y que, sin embargo, no pueden por ello ser excluirlos de plano de la distribución de los derechos en liza.[74]

3. El sistema de los derechos de necesidad como límite al deber de respetar la vida ajena

Según la bipartición conceptual efectuada en el primer inciso del acápite anterior y la presentación de los derechos de necesidad como parte del sistema de competencias, descripto en el inciso anterior, puede comenzar a fundamentarse la solución propuesta en este trabajo para el supuesto problemático planteado al inicio, que dista de la solución ofrecida por la posición mayoritaria. En efecto, esta entiende que la distribución de competencias que resulta de la comunidad de peligro descripta en este supuesto debería evaluarse *luego* de que el peligro se perfeccione con el ataque de uno de los náufragos sobre el otro.[75]

Entonces, en el caso originalmente propuesto, cuando A se abalanza sobre B para arrojarlo fuera de la tabla para poder sobrevivir, su injusto se encontraría perfeccionado, puesto que la norma de comportamiento que impone la prohibición de lesionar el derecho fundamental a la vida de otra persona en derecho se habría quebrantado. En consecuencia, el único óbice para restablecer la vigencia lesionada del derecho a costa de A radicaría en que las *reglas de imputación* propias de un derecho penal que pretende erigirse como la "existencia de la voluntad libre"[76] impondrían el reconocimiento de la reducida capacidad motivacional de A, por lo que la

[73] PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr, Tübingen, 2012, pp. 355 ss.; ÍDEM, *Ciudadanía y Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 136. En sentido similar, en contra de una fundamentación "motivacional" (subjetivista) del estado de necesidad exculpante, ROXIN, *supra* nota 2, § 22 n.º m. 8.

[74] Sin embargo, en favor del que resulta relegadamente competente en la comunidad de peligro, PAWLIK (*Das Unrecht des Bürgers*, Mohr, Tübingen, 2012, pp. 358 ss.) advierte un exceso en la legítima defensa, según el § 33 StGB.

[75] Así, en lugar de muchos, PAWLIK, *supra* nota 35, p. 25.

[76] HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, en Moldenhauer/Michel (eds.), *Werke in zwanzig Bänden*, t. 7, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986, § 29.

imputación subjetiva del hecho al autor resultaría deficitaria y, finalmente, la conducta impune.[77] En este sentido, según esta posición, la agresión meramente exculpada de A —y, por lo tanto, plenamente antijurídica— le otorgaría a B un mejor derecho: el de la defensa necesaria. Así, la inculpabilidad de la conducta de A no impediría considerarla un "ataque actual antijurídico" en los términos del § 32, 2.º párr., StGB o una "agresión ilegítima" en los términos de art. 34, inc. 6 a, CP, de modo que en favor de B obraría el más extenso derecho de necesidad, que le permitiría ponerse complemente a salvo sin atender a los límites de la proporcionalidad.[78]

Como consecuencia de ello, en esta comunidad de peligro, el sistema de competencias se resolvería en favor de B, de modo que allí solamente él estaría defendiendo el conjunto de libertades que pretende tutelar el derecho penal y lo haría, en concreto, repeliendo el ilícito de A. Así, la fundamentación de este derecho a la defensa necesaria de B se basaría en el ejercicio abusivo de A de la libertad que *ex ante* el ordenamiento jurídico garantizó en su favor. Entonces, a la autodeterminación de A perfeccionada como infracción al principio general de *neminem laedere* permitiría imputársele, en este caso, la competencia incluso por su propio homicidio —ejecutado por B—.[79]

Además de ello, como consecuencia adicional del mejor derecho otorgado a B, las normas de conducta que se infieren del capítulo dedicado a la intervención delictiva —§§ 25-28, StGB y arts. 45-49, CP—, el tercero que no forma parte de la comunidad de peligro podría interceder únicamente en su favor —y nunca en favor de A—. En lo que al caso original respecta, si instigar —en virtud de § 26, StGB— y determinar directamente a otro —según el art. 45, 2.ª oración, CP— consisten en crear la idea criminal en el autor, en "hacer nacer el dolo típico", la conducta de C que inste al náufrago a salvarse —evidentemente, a costa del otro náufrago— resultaría

[77] Esta posición mayoritaria ya fue estudiada críticamente, *supra* III.

[78] Así, en lugar de muchos, PAWLIK, *supra* nota 35, p. 25. Sin embargo, afirma acertadamente COCA VILA (*supra* nota 56, p. 492) que el ordenamiento jurídico no puede considerar antijurídica la concreta realización de la única posibilidad que ambos agentes necesitados tenían de salir indemnes del conflicto.

[79] Cfr. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr, Tübingen, 2012, pp. 237 ss.; WILLENMANN, *supra* nota 65, pp. 166 ss.

ceteris paribus siempre punible (!), ya sea que la prestación se realice en favor de A o en favor de B, ya que por definición la instigación deberá tener lugar antes del comienzo de la agresión.[80]

Sin embargo, a mi entender, esta posición no resulta atendible. En efecto, pienso que existe una flagrante confusión de planos entre el programa de distribución de derechos y deberes recíprocos propio del sistema de competencia y el efectivo ejercicio de la esfera de libertad resultante de aquel. Entones, en el caso propuesto, entiendo que no es correcto distribuir competencias luego de que A ejerza su derecho de necesidad, si no que es imprescindible realizarlo antes de que esto ocurra. Brevemente: no puede establecerse que B tiene un mejor derecho de necesidad que A por el hecho de que este haya comenzado antes a ejercer el suyo, sino que el alcance de los derechos de necesidad, que caen tanto en cabeza de A como de B, debe considerarse únicamente en el instante —previo— en que ambos se encuentran flotando en la tabla. Esto, claro está, también modifica el alcance de las competencias en materia de intervención delictiva.[81]

En este sentido, el desarrollo moderno de la dogmática de los derechos de necesidad y, especialmente, el perfeccionamiento del instituto del estado de necesidad defensivo modificaron la estructura de la defensa necesaria —redujeron su ámbito de aplicación— de modo tal que, en nuestro caso y según entiendo, sería imposible apreciar este derecho en cabeza de B. En efecto, en la actualidad se exige, para el ejercicio de la defensa necesaria, que la agresión que la origine sea el resultado no solamente de la infracción a una norma de comportamiento, sino también que se encuentren cumplidas las reglas de imputación. De este modo, el derecho a la defensa necesaria no sería ejercitable frente a agresiones realizadas por inimputables y personas obrantes en el marco de un error de prohibición o de una causal de exculpación. Estas mayores exigencias se justifican a partir de que este instituto, en tanto derecho de necesidad más extenso, solo reconoce un límite en la desproporción extrema entre la acción defensiva y la agresión ilegítima y que, por consiguiente, escapa a las reglas de la ponderación de intereses. Además, el ejercicio de la defensa

[80] Sobre el contenido y el alcance del injusto propio del partícipe véase ya FALCONE, *La caída del dominio del hecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017, pp. 90 ss.
[81] Cfr. COCA VILA, *supra* nota 56, p. 492.

necesaria obstaculiza la aplicación prioritaria de cualquier otro derecho de necesidad e impone al destinatario un deber de tolerancia —que, en el supuesto planteado, caería en cabeza de A—.[82]

Por otra parte, la reducción del ámbito de aplicación de la defensa necesaria se compensó, como se afirmó, con un proporcional desarrollo del instituto del estado de necesidad defensivo, cuyo origen —para la moderna dogmática penal— debe reconducirse al § 228, BGB (Código civil alemán). Entonces, este instituto permite la defensa de un ámbito propio de autonomía a partir de la neutralización de un peligro que surge de una esfera de organización ajena y siempre que no exista una preponderancia esencial de los intereses del destinatario de la acción de necesidad.[83]

En nuestro caso, entonces, si bien no sería posible hallar en favor de B un derecho a la defensa necesaria, puesto que no se encuentran cumplidas las reglas de imputación en A, sí reconocer, *prima facie*, a su favor un estado de necesidad defensivo, ya que se podría advertir que del propio peso de A surge un peligro para la vida de B que se materializa en que la tabla no puede soportar el peso ambos. Sin embargo, una argumentación como esta pasaría por alto que los derechos de necesidad son un elemento de la teoría de las competencias, de modo que, en principio y exceptuando la fundamentación basada en la solidaridad, el peligro que da lugar al estado de necesidad defensivo también debe poder reconducirse normativamente a la persona en derecho —principio de autonomía—,[84] cuyos derechos fundamentales resultan lesionados por la acción defensiva, de modo que no resulta suficiente una atribución de responsabilidad *meramente causal*.[85]

Entonces, en un caso como el estudiado, una correcta distribución de competencias basada meramente en el principio de autonomía impediría resolver correctamente el conflicto suscitado. Así, ya se sostuvo que en la situación de necesidad en la que A y B están inmersos, no puede hacerse depender la concesión de derechos a uno y a otro justamente del propio ejercicio de esos derechos. Una argumentación de esta naturaleza resultaría evidentemente circular. En este

[82] PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr, Tübingen, 2012, pp. 237 ss.; ÍDEM, *Ciudadanía y Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 103 ss.; COCA VILA, "Entre la responsabilidad y la solidaridad", *InDret,* n.º 1/2011, *passim*. Fundamental, al respecto, WILLENMANN, *supra* nota 65, pp. 205 ss. y *passim*.

[83] Fundamental, WILLENMANN, *supra* nota 65, pp. 205 ss. y *passim*; COCA VILA, *supra* nota 56, pp. 349 s.

[84] WILLENMANN, *supra* nota 65, pp. 448 ss.; COCA VILA, *supra* nota 56, p. 493.

[85] De otra opinión, SCHUNEMANN, "Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung", en NEUMANN *et al.* (eds.), *Verantwortetes Recht*, Steiner, Wiesbaden, 2005, p. 153. Crítico, COCA VILA, "Entre la responsabilidad y la solidaridad", en *InDret,* n.º 1/2011, p. 23 s.

sentido, si conceder a B un derecho de defensa necesaria implicaría lesionar flagrantemente el principio de igualdad y uno de estado de necesidad defensivo significaría identificar a A como mero fenómeno causal, entonces, la solución correcta sería conceder tanto a A como a B un derecho de necesidad agresivo —basado en el principio de solidaridad—, pero con la particularidad de que los deberes de tolerancia recíprocos, derivados de la necesidad ajena, deberían ceder frente a la propia necesidad.[86]

En efecto, la solución que entiende que en el supuesto dado existiría únicamente una merma en las capacidades resultantes de las reglas de imputación, debería concluir que las normas de conducta impondrían tanto a A como a B su propia muerte, lo que no podría ser de recibo. Brevemente: afirmar que tanto A como B se ven *in concreto* impedidos de motivarse por la norma penal implicaría conceder que la voluntad general materializada en el ordenamiento jurídico o bien impone —mediante el mantenimiento a ultranza de la prohibición de matar a otro— a A y a B su propia muerte,[87] o bien espera, efectivamente, que uno de los dos incumpla sus propios designios, para que —al menos— se respete el derecho fundamental a la vida de uno de ellos.[88]

[86] Así también OTTO, "Die strafrechtliche Beurteilung der Kollision rechtlich gleichrangiger Interessen" *JURA* 7, 2005, pp. 477 ss. Esta parece ser, asimismo, la solución de COCA VILA, *supra* nota 56, pp. 492 ss., quien, sostiene "la víctima final no debe tolerar su fatal destino por razones de solidaridad, nadie le debe a nadie solidaridad hasta tal punto" (p. 492). Sin embargo y siguiendo el objeto de su monografía, COCA VILA se concentra en la *obligación alternativa* que se instituiría en favor del tercero obligado al auxilio frente a la comunidad de peligro. En el sentido de la solución aquí planteada, GUNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß,* 1983, pp. 331, 383, introduce un argumento adicional. Este autor afirma que existen dos tipos de causales de exclusión del injusto: las propias y las impropias, de modo que solo las impropias implicarían un reconocimiento general en todo el ordenamiento jurídico —y no únicamente en el específicamente penal— e impondrían un correspondiente deber de tolerancia de la injerencia en perjuicio de la víctima. En nuestro caso, los náufragos solo tendrían a su favor una causal de exclusión del injusto propia, ergo con las limitaciones expuestas. Sin embargo, la solución aquí expuesta se divorcia de la adoptada por este autor en tanto él no descarta la existencia de un derecho a la defensa necesaria en favor de la víctima.

[87] Como aquí, también crítico, RENZIKOWSKI, "Entschuldigung im Notstand", *JahrbRuE* 11, 2003, pp. 269, 284, quien advierte que en aquel estado de necesidad en el que la propia existencia corre peligro dejaría de regir la "norma de comportamiento de derecho público". En sentido similar, ROBLES PLANAS, "En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos", en *LH-Mir Puig*, La ley, Madrid, 2010, p. 469. Véase también COCA VILA, *supra* nota 56, pp. 490 ss., 494, esp. nota 315.

[88] Cfr. HILGENDORF, "Tragische Fälle", en BLASCHKE *et. al.* (eds.), *Sicherheit statt Freiheit?*, Dunckler und Humblot, Berlín 2005, p. 130. Sin embargo, en el estado actual de la dogmática es ampliamente mayoritaria

Tampoco resultan acertadas las objeciones vinculadas a la incertidumbre de los juicios hipotético-causales, en el sentido de que aquí no resultaría conveniente conceder a uno de los náufragos un derecho de necesidad, puesto que, en última instancia, nunca podría saberse a ciencia cierta cuál sería el desenlace del conflicto, de modo que adelantarse y permitir una muerte implicaría, de algún modo, "jugar a ser Dios".[89] Pero esto no resulta acertado, puesto que la definición de comunidad de peligro impone la consideración de que exista una probabilidad rayana con la seguridad, desde una perspectiva *ex ante*, de que los involucrados van a morir, de modo que lo único que se eliminaría aquí sería la posibilidad del acaecimiento de un milagro o de un curso salvador completamente imprevisible. Pero esto no puede resultar jurídicamente relevante puesto que, en última instancia, a todo pronóstico le es inherente un momento de incertidumbre,[90] de modo que de seguirse este argumento tampoco podría otorgarse un derecho a la defensa necesaria ya que siempre cabría la posibilidad de que el agresor no comience con el ataque o que habiendo comenzado, cese.[91]

En este sentido, debe remarcarse que si el fundamento del estado de necesidad agresivo es la solidaridad. Entonces, del mismo modo que la legitimidad de la norma de conducta derivada del delito de omisión de auxilio se basa en que el delincuente consiente que a su costa se restablezca la vigencia lesionada del derecho por el hecho de que también pudo haber sido él quien se encontraba necesitado de auxilio y, en ese caso, la colaboración también se la habría impuesto a un tercero;[92] del mismo modo, sosteníamos, debe basarse el fundamento de la solidaridad, en nuestro

---

la posición que sostiene que, salvo que la creación del peligro pueda reconducirse normativamente a la conducta de la víctima, matar a un inocente estaría siempre prohibido, aunque ello acaezca dentro de una comunidad de peligro. Entonces, entre los argumentos en los que se apoya este entendimiento mayoritario se destacan, en primer lugar, la comprensión de que la vida humana es un valor absoluto inconmensurable y no sujeto a ponderación, de modo que su reducción a mero objeto de servicio de otro ser humano resultaría una afectación intolerable de la dignidad humana. En segundo lugar, la permisión del homicidio de inocentes llevaría a la banalización del homicidio y constituiría en regla una situación que debe permanecer como excepcional. Véase, crítico, COCA VILA, *supra* nota 56, pp. 484-486.

[89] ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9.ª ed., de Gruyter, Berlín y otras, 2015 p. 152, afirma que el sujeto "hace las veces del destino".

[90] ISENSEE, "Leben gegen Leben", *FS-Jakobs*, Heymanns, Colonia, 2007, p. 221.

[91] Cfr. COCA VILA, *supra* nota 56, p. 495 con más bibliografía.

[92] De esta manera, afirma PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr, Tübingen, 2012, pp. 248 ss., que en el estudio de la legitimidad del delito de omisión de auxilio, según el § 323 c, se debe tomar en serio la analogía con las disposiciones pertinentes en el derecho de seguros.

caso, en el consentimiento presuntamente prestado por ambos —ex ante— de que al menos uno de los dos se salve, aunque ello sea a costa del otro.[93] Entonces, puede afirmarse válidamente que el derecho de necesidad agresivo que tanto A como B tendrían a su favor se basa en que al menos uno de los dos tendría ex ante la posibilidad de salvarse, mientras que, de aceptar la solución contraria —y respetando el principio de igualdad—, el derecho les impondría a los dos perecer, de forma tal que si de algún modo un oficial de policía tuviera acceso a esa comunidad de peligro sin poder salvar a los náufragos, debería cuidar que ninguno de ellos intente salvarse a costa del otro.[94]

Nótese que entender el estado de necesidad exculpante como una cuestión de competencias tiende, en última instancia, a relativizar una nítida división conceptual entre injusto y culpabilidad, cuya incorrección excede, por lo demás, el marco de las causales de exculpación. Sin embargo, debe advertirse que las consecuencias sistemáticas que se derivan de esta tajante división tampoco resultan de recibo. Así, por un lado, parece irrelevante que la inclusión de las causales de exculpación en el momento sistemático posterior al injusto habilite la imposición de medidas de seguridad, puesto que, *ceteris paribus*, de una agresión en estado de necesidad exculpante, en los términos aquí expuestos, no se infiere un peligro futuro para los restantes miembros de la ciudadanía. Por otro lado, ya se ha expuesto que, en estos términos, la concesión a la víctima de un derecho de defensa necesaria implicaría una lesión al principio de igualdad.[95]

Finalmente, en este punto, la proximidad entre injusto y culpabilidad también impondría que el derecho —derivado del estado de necesidad agresivo— de los náufragos, y la impunidad resultante de su correspondiente ejercicio, se haría extensivo a los intervinientes en el delito. En nuestro caso, entonces, C podría no solo decidir a quién de los dos ayudar, sino que también podría hacer nacer válidamente el dolo de A de matar a B —poniendo a salvo, por supuesto, su

[93] Frisch, "Notstandsregelungen als Ausdruck von Rechtsprinzipien", en *FS-Puppe*, Duncker und Humblot, Berlín, 2011, p. 450. Así, afirma acertadamente COCA VILA, *supra* nota 56, p. 494, que en las comunidades de peligro simétricas se da la paradoja de que la norma que protege la vida garantizaría ahora la pérdida de todas las vidas humanas implicadas. Una solución como la que aquí se propone permite sortear esta dificultad.

[94] Cfr. KUPER, "Grundsatzfragen der 'Differenzierung' zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung", JuS 2, 1987, p. 90.

[95] Véase *supra* III.2.

propia existencia— en los términos de la instigación, según el § 26, StGB, y de la determinación directa, según el art. 45, 2.ª oración, CP.

IV. La complicidad en el estado de necesidad exculpante: Entre la intervención delictiva, la autoría mediata y la omisión de auxilio

Modifíquese aquí el caso planteado al inicio y supóngase que en la misma situación en la que A y B se encuentran flotando en la diminuta tabla y C se halla a salvo en las piedras del muelle, ahora este observa a su vera una madera punzante, con la forma de una espada, que es, en verdad, un resto de la embarcación que ha naufragado. Entonces, C, quien en todo momento advierte que la tabla en la que flotan A y B no puede soportar el peso de ambos, tiene ahora la potestad de arrojar la madera al lado de la tabla en el que se encuentra A o al lado de B, de modo que el receptor del arma podría, con toda certeza, herir al otro necesitado y empujarlo, así, afuera de la tabla. Bajo estas circunstancias, C escoge arrojarle la madera a su amigo A, quien hiere a B y luego este cae de la tabla. Finalmente, entra en escena una lancha de rescate y A se salva.[96]

En esta variación del caso original, la conducta de C sería subsumible en la de complicidad, según el § 27, StGB, y de participación primaria o necesaria, según el art. 45, CP. Entonces, como el hecho principal es el mismo, caracterizado por la comunidad de peligro de A y B, y las reglas de la accesoriedad limitada rigen para todas las formas de intervención delictiva, la dogmática debería reconocer, aquí también, la exculpación —ergo impunidad— del hombre de adelante (A) y la plena responsabilidad del hombre de atrás (C).[97] Se debe tener presente que, según el § 27, StGB, a C le correspondería una disminución de la escala penal —según la pena prevista para el delito intentado, § 49, StGB— pero, según el art. 45, 1.ª oración, CP, a C le correspondería la misma pena que al autor, sin atenuantes.

De esta manera, entiendo que la posición mayoritaria tendría aquí las mismas dificultades que en el caso de instigación (o determinación directa), por lo que, siguiendo el razonamiento efectuado en el título anterior, las causales de exculpación deberían entenderse como un momento del sistema de competencias y no como un problema de reglas de imputación, las que

[96] Cfr. esta variación con el caso original planteado al inicio del texto bajo el título I.

[97] Véase, en lugar de muchos, BOCKLEMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, Schwartz, Göttingen, 1957, p. 86; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., de Gruyter, Berlín, 1969, p. 218; MAURACH/ZIPF, *supra* nota 21, § 32 n.º m. 6. ss.

según el § 29, StGB y el art. 48, CP son independientes para cada partícipe. Así, la complicidad —al igual que la instigación— con quien posee un derecho de necesidad también debería resultar impune, aunque este no tenga, como correlato, un deber de tolerancia —como ocurre en esta comunidad de peligro—.[98]

Sin embargo, Roxin mantiene una solución contraria e incluye un factor adicional. En su opinión, tan importante sería aquí el aporte de C que no podría referirse válidamente a una colaboración en un homicidio, sino que la definitoria relevancia de aquel modificaría la situación objetiva al dar a quien se encuentra en peligro una posibilidad que antes no tenía de realizar el delito en estado de necesidad.[99] En verdad esto no puede compartirse. Y ello porque, según entiendo, no es cierto que el hombre de atrás le dé al de adelante la posibilidad de realizar el delito en estado de necesidad, sino que él solo mejora las posibilidades que este ya tenía, igual que ocurre en la mayoría de los supuestos de complicidad.

A su vez, en la complicidad en el estado de necesidad exculpante existe un problema adicional. Así, el § 35, StGB establece que "actúa sin culpabilidad" quien obra para repeler un peligro para "él, un familiar o una persona cercana a él". Al margen de la indeterminación del precepto, supóngase ahora que A y C no son próximos amigos, sino que se conocieron pocos minutos antes de comenzar el paseo, ¿debería, entonces, esta circunstancia dejar a C al margen de la exculpación, como pretende el legislador alemán? En cualquier caso, en el ordenamiento jurídico-penal argentino, en el que los supuestos de estado de necesidad exculpante se encuentran incluidos, parcialmente, de modo supralegal,[100] no tiene lugar una disposición como esta, por lo que, en el marco de la teoría de las competencias, como ocurre aquí, la mayor o menor amistad entre A o C no tendría relevancia.

Pero supóngase ahora que esta comunidad de peligro tiene lugar bajo el imperio del ordenamiento jurídico-penal alemán y que no existe relación previa alguna entre A y C, ¿cómo debe interpretarse esta restricción del § 35, StGB frente a las exigencias del delito de omisión de auxilio, según el § 323 c, StGB (art. 108, CP), que imponen colaborar con aquel ciudadano que se encuentre expuesto a un peligro vital, siempre que no exista, para el colaborador, riesgo personal?

[98] Véase *supra* III. 3.
[99] ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9.ª ed., de Gruyter, Berlin y otras, 2015, p. 152. En el resultado también, GALLAS, "Täterschaft und Teilnahme", en *Materialien zur Strafrechtsreform*, t. I, Bonn, 1954, p. 134.
[100] Véase *supra* I.

Entonces, el deber que le impone el derecho al ciudadano de no colaborar con un homicidio ajeno debería ceder aquí frente al delito de omisión de auxilio, de modo que, en nuestro caso, C tendría el *deber* de arrojar la madera para que al menos uno de los dos se salve —lo que constituiría una *obligación alternativa* de auxilio—.[101]

Finalmente, a título de resumen, debería concluirse que tanto según las disposiciones del ordenamiento jurídico-penal alemán, como del argentino, ya sean A y C íntimos amigos o completos desconocidos, en el caso aquí propuesto la norma de comportamiento que impide intervenir en un homicidio ajeno no tendría aplicación y, por el contrario, C siempre tendría el deber de salvar a uno de los intervinientes en la comunidad de peligro, en función de la solidaridad derivada de las relaciones de ciudadanía.[102]

V. Resultados

– La teoría del delito de fundamentación naturalística se basa sistemáticamente en la distinción entre un juicio sobre el injusto, perfeccionado con la afectación de un bien jurídico, y otro sobre la culpabilidad, en el que se atiende a las circunstancias concretas del autor al momento del hecho. A su vez, desde este prisma, la teoría de la accesoriedad limitada impone que, en caso de que exista una causal que impida el acabamiento del juicio sobre el injusto, aquella se hará extensiva al partícipe, mientras que los fundamentos que hacen caer el juicio sobre el autor solo lo benefician a él y no a los demás intervinientes. En tal sentido, la instigación en un estado de necesidad exculpante debería ser punible —con la posibilidad de reducción del marco penal, según el § 26, StGB, pero con la pena del autor, según el art. 45, CP— y la conducta del autor exculpada. Entonces, con finalidad didáctica se propone el análisis del problema desde una variación del célebre caso de la tabla de Carnéades.

– La solución de la exculpación del hombre de adelante y la plena punibilidad, *ceteris paribus*, del hombre de atrás es rechazada por distintas posiciones que, sin embargo, mantienen la

[101] Así, OTTO, "Die strafrechtliche Beurteilung der Kollision rechtlich gleichrangiger Interessen" *JURA* 7, 2005, pp. 477 ss.; COCA VILA, *supra* nota 56, p. 496. Sin embargo, el último autor parece ir demasiado lejos cuando afirma que, en caso de que A reciba la ayuda, B debería tolerar tal elección en virtud de la posibilidad que tuvo *ex ante* de ser salvado.
[102] Cfr. COCA VILA, *supra* nota 56, p. 496-497.

mencionada bipartición analítica en la teoría del delito. En efecto, se ofrecen fundamentos de distinta índole pero, en términos generales, se advierte que el problema de la exculpación, derivada de la inexigibilidad de una conducta conforme a derecho, no es de carácter subjetivo, vinculado al autor *in concreto*, sino general y abstracto. Empero, de esta premisa coincidente se infieren dos conclusiones sistemáticamente opuestas: un sector doctrinal emparenta la exculpación con el contenido del injusto, mientras que otro lo aproxima a las condiciones objetivas de punibilidad. De este modo, solo el segundo grupo mantiene la plena responsabilidad del partícipe, mientras que el primero le hace extensivos los defectos de imputación del autor, lo que determina su impunidad. En cualquier caso, al margen de las soluciones contrapuestas, el debate muestra que la exculpación lejos está de ser un problema resuelto en un modelo de teoría de la imputación basado en la distinción entre las condiciones de afectación de un bien jurídico y su autor.

– Sin embargo, el cuadro de situación cambia cuando se advierte que, según modernas investigaciones, ya no puede ser de recibo la concepción de un injusto divorciado de la culpabilidad, sino que ambos son elementos de un juicio adscriptivo basado en normas de comportamiento y reglas de imputación, mediante el cual se le impone al ciudadano, en última instancia, la infracción de un deber de cooperación. Entonces, la norma de comportamiento se define, en concreto, a partir de un sistema de competencias que permite advertir los límites del deber de cada ciudadano frente al derecho. De este modo, el ejercicio de los derechos de necesidad —como parte de este sistema de competencias— se encuentra atravesado por una dinámica de "distribución de responsabilidades" que atiende al fundamento organizacional o institucional en la provocación de la situación de necesidad. Y el estado de necesidad exculpante no escapa a esta lógica.

Entonces, luego de caracterizar al estado de necesidad exculpante dentro del sistema de competencias, se advierte el alcance del derecho de cada uno de los necesitados y se concluye que, en el marco de una comunidad de peligro —simétrica y de carácter vital— el derecho de necesidad no conlleva, recíprocamente, un deber de tolerar el ejercicio de ese derecho. Seguidamente, se establece que si el hombre de adelante goza de un derecho de necesidad, el partícipe, que intercede en su favor, no lesiona ninguna norma de comportamiento, lo que beneficia al instigador —§ 26, StGB— o determinador directo —art. 45, 2.ª oración, CP—.

– En este sentido, deben hacerse extensivas a la complicidad las conclusiones a las que se arribó en la instigación, aunque con ciertas salvedades. En efecto, en el supuesto fáctico

planteado, la complicidad en una comunidad de peligro como la descripta no solo resultaría impune porque el hombre de adelante no sería competente por el homicidio, sino que, incluso, una intervención en tal sentido sería mandada por el ordenamiento jurídico, en virtud del delito de omisión de auxilio —§ 323 c, StGB y art. 108, CP. De modo que, en este sentido, tampoco tendría lugar la restricción impuesta únicamente en favor de familiares y allegados del auxiliante, según el § 35, StGB.

– Finalmente, considero oportuno efectuar aquí una mención especial sobre el estudio monográfico que es motivo principal de referencia en esta edición de la revista jurídica "En Letra". En efecto, la tesis doctoral de Ivó Coca Vila, *La colisión de deberes en Derecho penal*, da cuenta de un pensamiento profundo, de una capacidad de trabajo admirable y de una gran claridad analítica. Estos son, entiendo, los resultados de hacer de la ciencia del derecho penal un proyecto de vida. En lo que a este artículo se refiere, tal y como dan cuenta las numerosas referencias incluidas, la tesis de Coca Vila resultó fundamental en el análisis de la distribución de competencias en el marco de una comunidad de peligro y de las limitaciones recíprocas que se infieren del sistema de derechos de necesidad frente al derecho fundamental a la vida. Por lo demás, creo no equivocarme al afirmar que, por ser miembro de dos escuelas señeras dirigidas, respectivamente, por Jesús-María Silva Sánchez y Michael Pawlik, a partir de este estudio monográfico —cuya lectura, desde ya, se recomienda— Coca Vila se posiciona como uno de los exponentes más sólidos de la moderna dogmática jurídico-penal española. En este sentido, entiendo que es conveniente acostumbrarse a su pluma pues intuyo que sus textos acompañarán largamente a los juristas de mi generación.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 6, pp. 314-320

RÉPLICA A "¿DISOLUCIÓN DE COLISIONES DE DEBERES JURÍDICOS?", POR ALEJANDRA VERDE

Dr. Ivó Coca VILA*

Fecha de recepción: 1° de junio de 2018
Fecha de aprobación: 15 de junio de 2018

I.

Señala Michael PAWLIK que un trabajo científico no constituye la exteriorización de meros ejercicios de meditación individuales, sino una contribución a un debate en curso supuestamente erigida con la pretensión de estar tan bien fundamentada que habría de ser acogida por el resto de los miembros de la comunidad jurídico-penal.[1] Este es el papel más evidente que le corresponde al científico en el proceso colectivo de conformación del derecho penal. Ahora bien, como en cualquier otra relación comunicativa, la figura del receptor es aquí tan o más importante que la del emisor. A cada uno de los miembros de la comunidad de discusión le concierne a su vez enjuiciar la plausibilidad de las propuestas científicas presentadas con vocación de modificar —aunque sea en una medida insignificante— el edificio del derecho penal. Así pues, es competencia de los penalistas decidir si las nuevas propuestas merecen ser acogidas sin reservas, modificadas o bien, sencillamente, rechazadas de plano. Esta batalla dialéctica entre los miembros de la comunidad científica constituiría el motor de configuración y transformación del objeto de nuestra disciplina. Así comprendido, siempre según PAWLIK, "el Derecho penal no tiene ningún creador distinguido; autor del Derecho penal —si es que todavía se quiere hablar en este contexto de autoría— es más bien la comunidad de expertos profesionales del Derecho penal en su conjunto".[2]

No seré yo quien valore cuán en serio merecen ser tomadas las tesis contenidas en mi monografía, ni quien especule sobre el futuro que les aguarda en su congénita voluntad de

* Becario de la Fundación Alexander von Humboldt (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg) y Profesor Lector en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

[1] Cfr. PAWLIK, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, 2017, p. 67. Existe traducción al español a cargo de Robles Planas/Pastor Muñoz/Coca Vila: PAWLIK, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad*, Atelier, Barcelona, 2018 (en prensa).

[2] Cfr. PAWLIK, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, 2017, p. 66.

modificar una parte del edificio global del derecho penal. Sí me gustaría, en cambio, agradecer encarecidamente a Alejandra VERDE el que con su minuciosa lectura y aguda recensión le haya otorgado un sentido profundo a la publicación de mi tesis doctoral, conjurando el riesgo del olvido colectivo que acecha a la obra de un investigador novel. A la revista En Letra: Derecho penal y, en especial, a Marcelo LERMAN, miembro de su consejo académico, y a su director, Leandro A. DIAS, debo agradecerles el que hayan tenido a bien dedicar una sección especial a la exposición y discusión de dicha obra.[3] Supongo que le incumbe idealmente también al penalista el garantizar espacios reales para la discusión pública y honesta de nuevas ideas, pero lo cierto es que tales espacios, como lo es la recensión de Alejandra Verde, son en nuestra comunidad de discusión hechos excepcionales por los que solo puedo mostrar mi agradecimiento.

II.

Sentado lo anterior, y dado que nada significativo tengo que añadir o matizar a la impecable síntesis descriptiva de la monografía llevada a cabo por VERDE, me corresponde ofrecer aquí únicamente respuesta, esencialmente aclaratoria y necesariamente breve, a la principal objeción que la recensionsista formula contra mi planteamiento. En su opinión, la tesis según la cual no existirían auténticos conflictos de deberes, sino a lo sumo "colisiones entre razones de obligación", sería "inconciliable con una descripción correcta del funcionamiento de un sistema jurídico".[4] Y es que, del hecho de que "al destinatario de dos o más deberes jurídicos, en un caso concreto, corresponda exigirle el cumplimiento de uno solo, no se sigue que en tal caso no exista un conflicto de dichos deberes".[5] Al contrario, "el conflicto existe, y por eso es usual que los mismos ordenamientos jurídicos prevean metanormas expresas cuya única función es resolver esas colisiones".[6] Mi planteamiento, en pocas palabras, supondría negar "la existencia de un conflicto entre deberes genuinos por el hecho de que el ordenamiento jurídico permita resolverlo", del mismo modo que negaría el carácter "de deber genuino a una norma por el hecho de que ella, en

[3] En la que, junto a la recensión que aquí se replica, se contiene asimismo un artículo de Andrés FALCONE titulado: "La intervención delictiva en el estado de necesidad exculpante", y en el que su propio autor afirma desarrollar algunos de sus planteamientos sobre la base de conclusiones alcanzadas en mi monografía.

[4] VERDE, "¿Disolución de colisiones de deberes jurídicos? Recensión a Ivó Coca Vila, La colisión de deberes en Derecho penal, Atelier, Barcelona, 2016, 574 páginas", en *En Letra: Derecho Penal,* n.° 6, 2018, pp. 254-279.

[5] VERDE, *supra* nota 4, p. 267.

[6] VERDE, *supra* nota 4, p. 267.

un caso, deba ingresar a un balance de razones y en ese balance sea derrotada por otra".[7] Ni lo uno ni lo otro resultaría de recibo, por mucho que intente reconducir el fenómeno de la colisión a un conflicto entre razones de obligación: "Considerar como relevante y posible únicamente al conflicto entre razones de obligación implica dejar en manos del agente, y no del derecho, la determinación del deber aplicable al caso".[8] De la ponderación subjetiva del agente, sin embargo, no cabría derivar consecuencia normativa alguna. VERDE concluye su crítica advirtiendo que, si como ella sostiene, existen realmente colisiones de deberes, mi tesis yerra también cuando aboga por resolver el problema en el ámbito del tipo: las colisiones, en realidad, habrían de resolverse a través de una metanorma que permitiese justificar la infracción de uno de los dos deberes concurrentes.[9]

III.

Ante este escenario, no es de extrañar que VERDE comience su recensión afirmando que no le han convencido muchos de mis planteamientos. Sin embargo, creo que las apariencias, también aquí, engañan. Una vez aclarados algunos de los aspectos fundamentales de mi concepción habrá de quedar en evidencia que nuestras discrepancias, como mínimo en lo que se refiere al concepto de colisión de deberes y al tratamiento sistemático del problema, son más bien pocas y de carácter esencialmente formal-terminológico.

Efectivamente, sostengo en mi trabajo que, en puridad, no existen auténticos conflictos de deberes. Esta tesis, dicho sea de paso, ni es novedosa en la moderna discusión jurídico-penal, siendo JOERDEN quizá el más representativo de los autores contemporáneos que la defiende,[10] ni es en absoluto desconocida en la teoría del derecho y la filosofía moral, donde la posibilidad misma de los dilemas morales (auténticos) constituye un *topos* clásico de discusión.[11] Tal conclusión, sea como fuere, no obedece, en contra de lo que parece sugerir VERDE, al simple hecho de que el ordenamiento jurídico sea capaz de disolver los conflictos. Coincido con la recensionista en que la

[7] VERDE, *supra* nota 4, p. 271.
[8] VERDE, *supra* nota 4, p. 273.
[9] VERDE, *supra* nota 4, pp. 267 ss.
[10] Recientemente JOERDEN, Logik im Recht, 3.ª ed., 2018, pp. 55 ss.
[11] Cfr. solo HÜGLI, «Pflichenkollision», en Ritter/Gründer (eds.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie,* v. 7, pp. 440 ss. Y en la discusión filosófico-moral anglosajona, cfr. solo las colectáneas editadas por MASON, Moral dilemmas and moral theory, 1996; y GOWANS, Moral dilemmas, 1987.

capacidad de resolver un problema no lo borra (*deus ex machina)* del mundo. Sin embargo, sucede que mi negativa a aceptar la verdadera existencia de conflictos de deberes nada tiene que ver con la posibilidad de resolverlos, sino con el modo en el que concibo la noción de deber penal y la vigencia del principio voluntarista (*ultra posse nemo obligatur*).[12] Lo que trato de sostener en mi tesis doctoral es, por un lado, que un ordenamiento jurídico solo puede obligar legítimamente a un ciudadano a llevar a cabo una conducta *in concreto* posible. Es decir, sobre el padre que no sabe nadar no recae en ningún momento un deber de salvar a su hijo que peligra de morir ahogado en una recóndita playa. Por el otro, que tan disfuncional (e ilegítimo) es obligar al padre que no sabe nadar a que salve a su hijo, como obligarle a salvar a sus dos hijos cuando solo puede salvar a uno de ellos. El principio voluntarista no solo opera como límite en la legitimación individual de deberes, sino que también lo hace una vez puestas en relación las distintas formas obligacionales que pretenden dirigirse cumulativamente a un mismo ciudadano. A partir de aquí, y entendiendo el deber penal como aquella forma obligacional legítima definitiva, esto es, efectivamente vinculante en un caso específico,[13] ha de concluirse que no existen auténticos conflictos de deberes. Quien antes de tomar una decisión en forma de deber valora todos los factores relevantes en juego, y así es como entiendo que opera el ordenamiento jurídico-penal a la hora de legitimar normas de comportamiento, puede efectivamente tomar una decisión no sujeta a ulterior revisión.

Ahora bien, ¿cómo explicar razonablemente entonces la situación dilemática del padre que ha de escoger a cuál de sus dos hijos salva cuando la salvación cumulativa resulta imposible? En mi opinión, y en consonancia con un moderno sector de la doctrina penal que se vale del aparato conceptual kantiano,[14] cabe explicar efectivamente las mal llamadas colisiones de deberes como conflictos entre "razones de obligación". No obstante, por "razón de obligación", en contra de lo

[12] Sobre el deber penal como norma de determinación individual de posible cumplimiento para su obligado, vid. además los recientes trabajos de SILVA SÁNCHEZ, «Sobre la construcción del hecho punible en la obra de Santiago Mir Puig», en SILVA SÁNCHEZ et al. (ed.), *LH-Mir Puig,* 2017, pp. 885 ss.; ROBLES PLANAS, «Norma y delito en Binding, Armin Kaufmann y Mir Puig», en SILVA SÁNCHEZ et al. (ed.), *LH-Mir Puig,* 2017, pp. 836 ss.; O RENZIKOWSKI, «Der Gegenstand der Norm», en BOROWSKI et al. (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie,* 2017, pp. 631 ss.

[13] He aquí posiblemente el punto de disonancia fundamental entre el planteamiento de VERDE y el mío, quien entiende que tan genuino es el deber efectivamente vinculante como el que todavía debe ingresar en un balance de razones del que puede salir derrotado.

[14] Cfr. solo JOERDEN, «Der Widerstreit zweier Gründe der Verbindlichkeit. Konsequenzen einer These Kants für die strafrechtliche Lehre von der "Pflichtenkollision"», JRE 5 (1997), pp. 43 ss., con ulteriores referencias.

que plantea de forma hipotética VERDE, no aludo a los motivos subjetivos del agente potencialmente obligado. Evidentemente, no es el obligado el que se autoimpone un deber,[15] sino que es el ordenamiento jurídico el que, en vez de obligarle provisionalmente, se toma la molestia de averiguar antes cuál es el comportamiento que realmente pretende exigirle en un caso concreto tras valorar globalmente la situación dilemática. Por razón de obligación me refiero a aquella forma obligacional aisladamente legítima que, en la medida en que su compatibilidad con el resto de razones de obligación que pretenden dirigirse a un mismo sujeto en un caso concreto no ha sido todavía juzgada, carece de fuerza obligante. Se trata, en puridad, de un mero concepto analíticamente útil al que recurrir a fin de etiquetar en la reconstrucción del proceso de legitimación de deberes aquellas formas obligacionales provisionales, esto es, no vinculantes, en la medida en que su compatibilidad entre sí no ha sido aún cotejada. A partir de aquí, son dos las vías esenciales de disolución de un conflicto: o bien una razón de obligación, la de rango superior, alcanza el estatus de deber penal, desplazando así las razones inferiores que no llegan a constituirse en deber —piénsese en el padre que no queda finalmente obligado al socorro del extraño cuando su hijo está al mismo tiempo en peligro—; o bien el ordenamiento impone al obligado un deber altamente personal disyuntivo o alternativo que le obliga a cumplir una de las dos (o más) razones equivalentes en colisión —esto es lo que sucede en el supuesto clásico del padre que ha de escoger a cuál de sus dos hijos salva cuando ambos peligran de morir ahogados—.

Por último, y si no voy errado, VERDE coincide con mi planteamiento en que no existen en el plano del injusto conflictos irresolubles, esto es, situaciones en las que el ordenamiento condena al obligado a comportarse antijurídicamente al negarse a levantar alguno de los dos deberes (o razones de obligación) en conflicto.[16] Yo abogo por reconducir el problema de la colisión entre razones de obligación al ámbito del tipo, mientras que VERDE prefiere resolver los conflictos, para ella entre genuinos deberes, a través de una metanorma que posiblemente habría de operar como causa de justificación. Dejando a un lado que no comparto la idea de que normas como el art. 34.4 CP argentino o 20.7 CP español hayan de ser necesariamente interpretadas como metanormas

[15] Precisamente, me ocupo de este aspecto con algo más de detalle en "La colisión "deficitaria" de deberes", publicado en este mismo número. Recientemente, vid. sin embargo FREUND/ROSTALSKI, *GA* 5 (2018), pp. 264 y ss., p. 272, quienes sostienen que es el potencial destinatario el que genera (*erzeugen*) el deber concreto-individual.

[16] En los últimos tiempos, vid. en cambio PAEFFGEN/ZABEL, Vor § 32, NK-StGB, 5.ª ed., 2017, n.º m. 171 ss.

justificantes, lo cierto es que no alcanzo a ver diferencias sustantivas relevantes entre ambos planteamientos. La misma distinción entre tipicidad y justificación carece de verdadera trascendencia material. En ambos niveles se trata de definir prospectivamente la norma de comportamiento que vincula a un ciudadano en un caso concreto, para utilizarla acto seguido como parámetro de enjuiciamiento retrospectivo de la conducta del obligado.[17]

Esto, claro está, no significa que dicha división no pueda efectuarse por razones meramente analítico-explicativas. A fin de mantener el vínculo con el modo argumental dominante en la doctrina penal contemporánea, propongo en mi trabajo ubicar el problema en el ámbito del tipo. Mi argumentación en favor de esta opción es débil, como lo es todo argumento de carácter estrictamente didáctico-analítico.[18] Por un lado, la teoría de la justificación asume que el cumplimiento de un deber justifica la infracción del opuesto en situación de colisión de deberes. En el caso en el que el obligado permanece completamente inmóvil, dejando morir a los dos necesitados, la teoría de la justificación no consigue explicar por qué razón no habría de castigarse al obligado por la infracción de los dos deberes. Más natural que afirmar el carácter justificante *per se* de una situación de conflicto, es admitir que, directamente, la conducta del obligado que defrauda una expectativa de salvamento no garantizada jurídicamente es atípica. Por el otro, en favor de esta tesis habla además el hecho de que ciertos tipos penales incorporan cláusulas de reserva que vienen siendo interpretadas como obstativas del surgimiento mismo del conflicto, incluso por autores que consideran la colisión de deberes una causa de justificación.[19] Ello sucede paradigmáticamente con el § 323c StGB, que vincula el nacimiento del deber de socorro a la no concurrencia de deberes más importantes, piénsese aquí en un deber de garante; y lo mismo sucede con el art. 195 CP español al condicionar el deber de salvamento a la no concurrencia de un riesgo propio o ajeno. A fin de evitar una descomposición de la institución de la colisión de

[17] Cfr. RENZIKOWSKI, en BOROWSKI *et al.* (eds.), *Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie,* 2017, pp. 635 s.

[18] VERDE sostiene que, en realidad, efectúo una distinción material al ordenar las causas de atipicidad y de justificación en función del papel que juega la posición del afectado en la exclusión del injusto. Efectivamente, la catalogación analítica debe responder a algún criterio, pero esto no significa que la distinción entre tipo y antijuridicidad tenga consecuencias materiales. El que, como VERDE pone con razón de relieve, el criterio de la competencia de la víctima no sea infalible a la hora de explicar la ordenación de las causas de exclusión del injusto en la doctrina dominante no hace sino poner en evidencia la inexistencia de razones materiales profundas que funden la distinción.

[19] Cfr. p. ej., LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, "Vorbem. §§ 32 ff.", Schönke/Schröder-StGB, 29.ª ed., 2014, n.º m. 73, con ulteriores referencias.

deberes en dos subcategorías, en absoluto problemática desde un punto de vista sustantivo, pero poco recomendable por razones analíticas, parece preferible ubicar todos los conflictos entre razones de obligación ya en el plano del tipo.

En resumidas cuentas, VERDE llama deber a la forma obligacional provisional que yo denomino razón de obligación. De ahí que entienda que existan auténticos conflictos de deberes a resolver a través de una metanorma. Del conflicto normológico deriva posteriormente un mensaje normativo pragmático único. Yo entiendo por deber la forma obligacional definitiva, efectivamente vinculante. De ahí que entienda que solo las razones de obligación puedan entrar en conflicto, optando por resolver el problema ya en el plano del tipo. Desde el principio, el mensaje normativo es único, sin disonancia alguna entre lo normológico y lo pragmático, pues solo alcanzan la categoría de deber las razones de obligación de posible satisfacción (cumulativa). Si estoy en lo cierto al afirmar que esta es la principal divergencia, no puedo sino mostrar mi satisfacción al constatar el alto grado de coincidencia en lo fundamental entre mi planteamiento y el defendido por Alejandra VERDE.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 6, pp. 321-327

Debates II

SOBRE LA INAPLICABILIDAD DEL PRINCIPIO DE "LEY PENAL MÁS BENIGNA" EN EL CASO "MUIÑA" DE LA CSJN

Prof. Dr. Gabriel PÉREZ BARBERÁ*

Fecha de recepción: 10 de junio de 2018
Fecha de aprobación: 20 de junio de 2018

Durante el segundo semestre de 2017 actué como fiscal general subrogante ante la Cámara Federal de Casación Penal. En el ejercicio de esa función debí dictaminar en varios casos en los que las defensas pretendían que ese tribunal resolviera la situación de sus asistidos de conformidad con lo dispuesto por el voto mayoritario de la Corte Suprema en el fallo CSJ 1574/2014/RH1, "Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro, s/recurso extraordinario" (conocido como el caso "Muiña"). En esa sentencia, del 3 de mayo de 2017, la Corte favoreció al condenado Luis Muiña, por considerar que la ley 24.390 (también llamada "ley del dos por uno") era aplicable a delitos de lesa humanidad cometidos en la Argentina durante la última dictadura militar. Para ello se apoyó en lo dispuesto por el art. 2, CP (aplicación retroactiva y ultraactiva de la ley penal más benigna) y por el art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aplicación retroactiva de la ley penal más benigna).

En mis dictámenes sostuve que la fundamentación de ese voto mayoritario de la Corte era incorrecta. Agradezco a la revista "En Letra: Derecho Penal" su interés por publicar en esta sección el argumento principal de mi disenso con la Corte, como introducción a esta sección especial en la que se presenta un debate que ha tenido lugar entre Tomás Fernández Fiks y Andrés Rosler sobre el tema —a raíz, a su vez, de un artículo publicado por este último en el número 5

* Profesor titular (catedra□tico) por concurso de Derecho penal en la Universidad Nacional de Co□rdoba (UNC). Profesor de Derecho penal profundizado en la Universidad Torcuato Di T ella (UTDT). Contacto: gperezbarbera@gmail.com.

de esta revista—. Lo reproduzco a continuación tal como fue escrito en su momento. Debe ser leído, por tanto, no como un aporte académico, sino como lo que fue: una presentación de un fiscal para emitir opinión acerca de un caso concreto de la praxis. El texto en cuestión es el siguiente.

Un requisito obvio de que la ley 24.390 —y en particular su art. 7— pueda ser considerada como más benigna que otra en un caso, es que aquella sea aplicable a ese caso. Por algo el CP, en su art. 2, expresamente dice "se *aplicará*… la más benigna". Hay dos requisitos básicos para que una norma jurídica sea aplicable a un caso: (i) que esté vigente; y (ii) que estando vigente se dé, en el mundo, el hecho previsto en abstracto en la norma como condición empírica de su aplicación. El primer requisito no requiere mayor explicación. En cuanto al segundo, hay que diferenciar dos cuestiones: la relativa a que el hecho ocurra, y la relativa a que, cuando ocurra, esté vigente la norma.

Que el hecho ocurra para que pueda aplicársele una norma vigente es un requisito que viene determinado por razones de naturaleza lógica, en virtud de la estructura bicondicional propia de estas normas: "si *p*, entonces, y solo entonces, *q*". O expresado de otro modo: "*q* si y solo si *p*". Donde *q* es la consecuencia que la norma prevé para el caso (ejemplos: imponer de 8 a 25 años de prisión, computar dos días de prisión por uno de prisión preventiva, etc.) y *p* es el caso o hecho que la norma prevé como condición empírica de esa consecuencia (ejemplos: matar a otro, estar en prisión preventiva más de dos años, etc.). Por ser de naturaleza lógica, no se puede "renunciar" a este requisito. Si no ocurre en el mundo la condición empírica prevista en abstracto por la norma, no es posible aplicar esa norma.

El requisito relativo a que el hecho ocurra estando vigente la norma que lo rige tiene su fundamento, por su parte, en razones jurídicas de garantía individual o de protección de derechos fundamentales (en este caso, en el principio de legalidad). Puede, por lo tanto, ser dejado de lado cuando otras razones de esa índole pesan más. Esto último es precisamente lo que permite el art. 2, CP. Esta norma, en aras de garantizar la igualdad y la menor lesividad penal, tiene por finalidad tornar aplicable a un caso (por razones de mayor benignidad) una ley que, en principio, no es aplicable a él porque no estaba vigente al momento del hecho, sea porque, antes del fallo, comenzó a regir después del hecho (retroactividad), sea porque, antes del fallo, comenzó a regir después del hecho y fue luego derogada (ultraactividad).

Ahora bien, una norma como la del art. 2, CP no solo permite que se apliquen a un caso leyes no vigentes al momento del hecho que estas prevén como su condición empírica, sino que, además, impacta de modo decisivo respecto de la cuestión del tiempo en el que debe haber ocurrido ese hecho para que se lo pueda tener como condición empírica dada.

Si el hecho en cuestión ocurre estando en vigencia una ley más severa, que luego es derogada por una ley más benigna que es puesta en vigor antes del fallo, el art. 2, CP permitirá decir que, respecto de la ley más benigna, se dio su condición empírica, a la que se le aplicará dicha ley retroactivamente. Y si el hecho en cuestión ocurre estando en vigencia una ley más severa, que luego, antes del fallo, es derogada por una ley más benigna, la cual es a su vez luego derogada, siempre antes del fallo, por otra ley más severa, también allí el art. 2, CP permitirá decir que, respecto de la ley más benigna, se dio su condición empírica, a la que se le aplicará dicha ley ultraactivamente.

Pero si durante la vigencia de la ley más benigna no se da el hecho previsto por ella como condición empírica de su aplicación, sino que ese hecho ocurre después de la derogación de esa ley, estando ya vigente una ley más severa que derogó a la más benigna y que se mantiene vigente hasta el momento del fallo, es obvio que la ley más benigna no podrá ser considerada aplicable. Y no lo será porque su condición empírica no se habrá dado ni mientras estuvo vigente ni en un tiempo que hubiese permitido de todas formas su aplicación por imperio del art. 2, CP.

¿Es aplicable entonces, a este caso, el art. 7 de la ley 24.390 por ser más benigna? Claramente, no. Porque la ley 24.390 no prevé en abstracto, como presupuesto fáctico para su aplicación, la comisión de un delito (que es lo que sí hace, por ejemplo, un tipo penal), sino el hecho de que su destinatario esté o haya estado sometido a un régimen de prisión preventiva por más de dos años. Y lo cierto es que en supuestos como los aquí analizados ese hecho comenzó después de la derogación de la ley 24.390 y de su reemplazo por una ley más severa, que se mantuvo vigente hasta el momento del fallo.

El art. 7 de la ley 24.390 sería aplicable a un caso como ley más benigna, precisamente por imperio del art. 2, CP, si el hecho previsto como condición empírica de su aplicación (a saber: una prisión preventiva mayor a dos años) se hubiera dado, antes del fallo, en alguno de los momentos que habilitan la aplicación del principio de mayor benignidad, detallados más arriba. Pero como ello no ocurrió en estos supuestos, sino que la prisión preventiva comenzó después de derogada dicha ley y estando vigente ya una más severa, que mantuvo su vigencia hasta el momento del

fallo, su aplicación queda descartada. ¿O acaso algún juez aplicaría un tipo penal más benigno ya derogado a un hecho cometido tras esa derogación y encuadrable ya en un tipo penal más severo que se mantiene vigente al momento del fallo? De ninguna manera. Pues bien, la situación no puede ser diferente si se trata de la ley 24.390.

Es verdad que el art. 2, CP dice: "Si la ley vigente al tiempo de *cometerse el delito* fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna". Pero de ello no cabe inferir que, si se trata de una ley que no se refiere a un delito (sino, como en este supuesto, a la prisión preventiva por ejemplo), debe no obstante considerarse el momento de comisión de un delito como su punto de referencia temporal a los efectos de la aplicación del principio de ley más benigna, que es lo que hizo la mayoría de la Corte en "Bignone"/"Muiña".

El legislador se ha expresado aquí de esta manera porque, como es de rigor, ha tenido en cuenta los casos paradigmáticos de aplicación del art. 2, CP, que son aquellos en los que la "ley" a considerar más benigna es un tipo penal que prohíbe una conducta y que respalda esa prohibición con la amenaza de una pena. En esos supuestos paradigmáticos no es esperable que se planteen dificultades respecto de la aplicabilidad al caso de la ley en cuestión, porque se trata, precisamente, de tipos penales respecto de los cuales se ha dado la condición empírica prevista por ellos para su aplicación, que es la comisión de un delito (precisamente por eso hay un proceso penal en marcha). Esa situación coincide exactamente, de hecho, con lo que prevé la letra del art. 2, CP.

Diferente es la cuestión, en cambio, si la ley cuya mayor benignidad debe ser examinada no prevé un delito como su condición empírica, sino otra cosa, como por ejemplo el hecho de estar en prisión preventiva más de dos años. Esa situación ya no coincide exactamente con la letra del art. 2, CP. Frente a ello, entonces, hay dos opciones. La más restrictiva sería negar en ese supuesto la aplicación del art. 2, CP con el argumento de que él, con la palabra "ley", se refiere únicamente a tipos penales de la ley sustantiva. La más amplia, por su parte, sería aceptar una aplicación analógica *in bonam partem* de ese art. 2, CP a casos en los que la ley en cuestión no es un tipo penal.

Esto último es lo que —sin explicitarlo— hizo la mayoría de la Corte en "Bignone" (pese a que sus firmantes manifiestan una especial preferencia por la interpretación literal de la ley). No obstante, como se trata de una analogía que favorece al interés individual, no hay, en mi opinión,

objeciones de peso contra este movimiento de la mayoría del alto tribunal. Pero del hecho de que, por esta aplicación analógica, se puedan cotejar —en los términos del art. 2, CP— leyes que no son tipos penales, no se sigue que, respecto de esas leyes, sea indiferente que se dé o no la condición empírica de su aplicación, o que la condición empírica que se considere relevante sea una diferente a la prevista por la norma cuya mayor benignidad debe ser examinada. Este último paso errado, sin embargo, es el que también da el voto mayoritario en "Bignone".

Si la ley cuya mayor o menor benignidad corresponde analizar es una que, como condición empírica de su aplicación, prevé un hecho que consiste no en un delito sino en una prisión preventiva mayor a dos años, entonces es este último hecho, y no un delito, el que debe ser tomado como referencia a los efectos de la aplicación (analógica *in bonam partem*) del art. 2, CP. De lo contrario, se rebasan los límities de una aplicación analógica aceptable de esta última norma, que es exactamente lo que cabe reprocharle a la mayoría en "Bignone".

Podría resumirse el argumento aquí sostenido en una frase sencilla: el art. 7 de la ley 24.390 no es aplicable en este caso. Pero, por la ambigüedad de la palabra "caso", no sería esta una frase del todo clara. Procesalmente, por ejemplo, "caso" es la persecución penal contra el imputado desde que se lo acusó como tal hasta el fallo; para la norma de fondo aplicable, por su parte, "caso" es el delito que aquella prevé; para el art. 7 de la ley 24.390, "caso" es una prisión preventiva mayor a dos años; y para el art. 2 del CP, "caso" es una vigencia sucesiva de leyes entre el hecho previsto por esas leyes como condición empírica de su aplicación y el fallo. Y habría que distinguir siempre, además, entre caso genérico (el previsto en abstracto en la norma) y caso individual (el que se da empíricamente en el mundo).

Con todo eso en mente sí puede afirmarse, ahora, que el art. 7 de la ley 24.390 no es aplicable en estos casos porque no se dio en el mundo el hecho previsto por esa norma como condición empírica para su aplicación (es decir, una prisión preventiva mayor a dos años) en un tiempo tal que torne aplicable el art. 2 del CP, por generarse una sucesión de leyes entre hecho y fallo.

En efecto, el art. 2, CP requiere tomar como referencia el hecho previsto como condición empírica en la ley cuya mayor benignidad se examina, y siempre que ese hecho no haya ocurrido después de la derogación de esa ley y de su reemplazo por otra más severa que no se deroga hasta el momento del fallo. Porque si lo que ocurre es esto último —que es exactamente lo que sucede

en este supuesto— no habrá sucesión de leyes entre hecho y fallo, y por tanto no habrá "caso" en los términos del art. 2 del CP.

Lo argumentado es válido, asimismo, respecto del art. 3, CP. Recuérdese que prescribe que en "el cómputo de la prisión preventiva se observará separadamente la ley más favorable al procesado". Pues bien, es claro que esa "ley" más favorable, en la medida en que es una ley, podrá ser tenida en cuenta a los efectos de este art. 3 si y solo si es aplicable al caso de que se trate, lo que aquí significa: si está vigente al momento en que se produce el hecho previsto por esa ley como condición empírica de su aplicación. Como se trata de una ley que establece un cómputo para la prisión preventiva, ese hecho es una prisión preventiva. Y si ese hecho no ocurre mientras está vigente esa ley, entonces esta no le es aplicable.

El art. 3, CP, a diferencia del art. 2, no prevé como lapso a considerar para la sucesión de esas leyes sobre cómputo el que va desde que comienza la prisión preventiva hasta el momento del fallo. El lapso en cuestión, por tanto, solo puede ser el que va desde que comienza hasta que termina la prisión preventiva.

En casos como "Muiña", la prisión preventiva comenzó después de derogada la ley 24.390, y por lo tanto esta no le es aplicable a los efectos del art. 3, CP. Y tampoco lo es en función del art. 2, CP considerado en conjunto con el art. 3. Precisamente porque el hecho (la prisión preventiva) ocurrió después de derogada la ley más benigna y mientras regía en su reemplazo una más severa, que no fue derogada hasta el momento del fallo y que, por tanto, rige el caso, que por lo dicho no es un caso propio del art. 2, CP.

Un punto de vista similar al desarrollado aquí había sido ofrecido ya hace tiempo, también en relación con la ley 24.390, por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, en autos "García" (S. n.º 358 del 23/12/2008). Allí, en verdad, no se desarrolla un argumento, sino que, antes bien, directamente se aplica la solución correcta. Era quizá todo lo que se necesitaba para resolver en contra de la solicitud infundada de la defensa (que pretendía lo mismo que en "Muiña").

La carga argumental adicional que aquí se ha brindado tiene su razón de ser en que, años después, una parte de la Corte consideró plausible un planteo que, por las razones expuestas, nunca debió merecer recibo, por su evidente irrazonabilidad. En efecto, sostener que la ley 24.390 es aplicable en estos supuestos resulta fuertemente contraintuitivo y choca, por ende, contra el sentido común. Lo argumentado hasta aquí quizá sea útil para comprender por qué se

produce ese rechazo intuitivo: básicamente por los serios errores de la fundamentación jurídica del voto mayoritario de la Corte Suprema.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 6, pp. 328-343

RÉPLICA A "'SI UD. QUIERE UNA GARANTÍA, COMPRE UNA TOSTADORA': ACERCA DEL PUNITIVISMO DE LESA HUMANIDAD" DE ANDRÉS ROSLER

Tomás FERNÁNDEZ FIKS LL.M.*

Fecha de recepción: 1º de abril de 2018
Fecha de aprobación: 23 de abril de 2018

I. Introducción

El artículo de Andrés ROSLER publicado en el número anterior de esta revista es una adquisición rara que enriquecerá el catálogo de lecturas de cualquier persona interesada en cuestiones de derecho penal. Su título resulta premonitorio de lo que el lector podrá encontrar: "'Si Ud. quiere una garantía, compre una tostadora': Acerca del punitivismo de Lesa Humanidad"; nos da una vaga idea del sentido del humor que inunda el texto. Sentido del humor, vale la pena aclarar, que viene acompañado del más enciclopédico conocimiento sobre filosofía política. Así pues, es moneda corriente a lo largo del texto la aparición de referencias que van desde Austin Powers a Cicerón, pasando por Quentin Tarantino y Hobbes. El resultado final es un texto agudo e incisivo, iluminador en su precisión histórica, que se deja leer como si se tratara de un ensayo de Woody Allen.

Cuestiones estilísticas de lado, y enfocándonos ahora en la sustancia, el artículo de ROSLER tiene la virtud de poner sobre la mesa el desarrollo histórico de ciertos conceptos e ideas que son moneda corriente en las discusiones actuales relativas a la justificación, administración y alcance del castigo penal. El texto resulta así una especie de genealogía del derecho penal, que permite poner en contexto determinados argumentos comúnmente invocados en la jerga penalista y así establecer la semejanza o pertenencia de estos a corrientes de pensamiento de largo desarrollo.

La contribución de este repaso histórico al debate resulta trascendental, pues permite identificar ciertos "traspasos" de conceptos que históricamente fueron de la mano con una

* Abogado (Universidad Nacional de Mar del Plata). LL.M. (Columbia University). Contacto: tomasfiks@gmail.com.

determinada manera de pensar la relación entre el Estado y los ciudadanos y el papel del derecho penal, hacia orillas vecinas, donde dichos conceptos siempre habían resultado extraños y no eran bienvenidos. Esta, precisamente, es la tesis de ROSLER, para quien la moderna jurisprudencia sobre delitos de lesa humanidad, y el desarrollo teórico que la acompaña, representa un alejamiento de la tradición garantista y una exhibición de consideraciones propias de lo que él llama escuela punitivista.

II. Garantismo vs. punitivismo

Siguiendo a FERRAJOLI, ROSLER identifica al garantismo con el "derecho penal mínimo", el cual consiste "en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune".[1] Asocia asimismo esta posición con el eslogan "*nullum crimen sine lege*", "según el cual no se puede hablar de crimen antes de que se verifique que una acción haya sido cometida con posterioridad a la sanción de una ley penal y su castigo debe ser conforme a dicha ley penal". Según el desarrollo que prosigue en el texto, el garantismo —escuela cuyos exponentes cuentan con BECCARIA, FERRAJOLI, ZAFFARONI— es la escuela de derecho penal liberal comprometida con el principio de legalidad y sus derivaciones: principio de taxatividad, prohibición de analogía, irretroactividad de la ley penal, etc.; y con un estricto respeto a la justicia procedimental, es decir, al valor inherente que se desprende de seguir las reglas de juego independientemente de que el resultado final no sea el más deseado. Es una escuela positivista: según el garantismo, aun si tuviéramos la certeza de que un sujeto cometió un acto moralmente aborrecible, no podríamos imponerle una pena si dicho acto no configurase un delito de acuerdo con el derecho positivo. Tampoco resultaría admisible castigar al sujeto en cuestión ignorando o violando las garantías legales que lo protegen: "ningún garantista entonces puede exigir que el respeto de las garantías penales quede supeditado a que un acusado, o incluso un condenado, satisfaga un test moral. Las garantías penales existen o no existen. En el medio no hay nada".[2]

Los postulados del garantismo no constituyen una mera cuestión de principios sino que, además, forman parte del derecho positivo vigente (ROSLER enumera, de modo no exhaustivo, el

[1] ROSLER, "'Si Ud. quiere una garantía, compre una tostadora': Acerca del punitivismo de Lesa Humanidad", en *En Letra Derecho Penal*, n.° 5, p. 68, disponible en: https://docs.wixstatic.com/ugd/9db90b_add4ffb17a36437595af5014fc3276de.pdf [enlace verificado el 1.º de mayo de 2018].
[2] *Supra* nota 1, p. 72.

artículo 22 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los artículos 8 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

En la vereda opuesta al garantismo, está lo que ROSLER llama "punitivismo": "mientras que para el garantismo no hay castigo sin ley y por eso alguien *debe ser castigado exclusivamente porque violó la ley,* para el punitivismo, en cambio, la cuestión es eliminar la impunidad cueste lo que cueste y por lo tanto *alguien violó la ley porque debe ser castigado*".[3]

El punitivismo, en su cruzada contra la impunidad, se caracteriza por buscar la condena de todos los culpables (y asume que la culpa se determina con independencia de las restricciones que se encuentran presentes en cualquier proceso legal). Así, las acciones que le interesa castigar al punitivismo son *mala in se*, pues no es necesario que exista una ley previa que determine que tales conductas configuran un delito. Para el punitivismo, las limitaciones propias del principio de legalidad son redefinidas, algo peyorativamente, como "formalismo penal", y el lema "*nullum crimen sine poena*" sustituye a "*nullum crimen sine lege*". El punitivismo se encuentra entonces en tensión con el derecho positivo vigente en nuestro país, sin perjuicio de que resulta posible imaginar un caso en el que el punitivismo y el principio de legalidad fuesen compatibles: ROSLER pone como ejemplo el artículo 2 del Código Penal alemán de 1935, el cual le otorgaba al juez el poder de castigar como delito "todo hecho que, aun no previsto por la ley, fuera considerado por él como punible". No es de extrañar que el punitivismo fuera popular en los regímenes de Mussolini y Hitler, pero a diferencia de lo que uno podría imaginar, ROSLER señala la relación entre el punitivismo y el republicanismo clásico (y distingue a este último del republicanismo liberal, teorizado más notablemente por PETTIT). En este sentido, agrega: "no parece ser casual que el punitivismo iusnaturalista republicano haya aflorado asimismo en el discurso revolucionario francés". El punitivismo es iusnaturalista porque prescinde del derecho positivo y sostiene que determinados sujetos deben ser castigados por haber realizado actos que, aunque no se encuentren específicamente prohibidos por el derecho, atentan contra un orden moral superior —llámese derecho natural, patria, sano sentimiento del pueblo o la denominación de su elección—.

III. Traspasos indebidos

[3] *Supra* nota 1, p. 77.

Con la idea que tenemos hasta aquí sobre los principales postulados de las escuelas en disputa, no es sorprendente que el sentido común nos diga que quienes deben aplicar el derecho a diario deberían inclinarse por las enseñanzas del garantismo en un Estado constitucional de derecho respetuoso de la ley como es, o se supone que debería ser, el nuestro. Es posible, sin embargo, que en ocasiones nos veamos moralmente facultados o incluso obligados a apartarnos de la ley. Lo que importa, advierte ROSLER con apoyo en HART y en la visión de este sobre los juicios de Núremberg, es que llamemos a las cosas por su nombre y que caractericemos a dichas situaciones excepcionales justamente como lo que son: excepciones al Estado de derecho. En este sentido, dice ROSLER: "[l]o que pide entonces Hart es que si vamos a hacer una excepción debido a que vivimos momentos igualmente excepcionales como la conformación de un tribunal compuesto por los vencedores en una guerra mundial, entonces que quede claro que nos estamos apartando del derecho vigente y no llamemos, por ejemplo, 'una interpretación' del Estado de derecho a su clara e intencional violación".[4]

Esto no es, de acuerdo con ROSLER, lo que sucede a menudo en la actualidad en la Argentina, ya que los jueces y penalistas tienden a presentar como respetuosas del derecho vigente resoluciones que en realidad son violatorias de este, situación que el autor ilustra con dos fallos recientes de la Cámara Federal de Casación Penal en relación con la aplicación de la así llamada "ley del 2 x 1" (casos "Astiz" y "Riveros").

Una rápida lectura de algunos argumentos expuestos en dichos fallos ("Astiz" hace referencia a "las irrenunciables obligaciones internacionales asumidas por el estado argentino de efectivizar la investigación, juzgamiento y sanción adecuada de graves violaciones a los Derechos Humanos" y "Riveros" establece que no resulta admisible que exista una "mengua simbólica" de dicha punición) nos llevará a darle la derecha a ROSLER, en cuanto a que dichas resoluciones se acercan más al ideario punitivista de castigar al *culpable* (en sentido *material,* por oposición a *procesal*) cueste lo que cueste, que a la defensa absoluta y universal de las garantías penales que promueve el garantismo.

Cabe resaltar que los fallos mencionados no constituyen rarezas en los archivos jurisprudenciales sino que forman parte de una pacífica y consolidada jurisprudencia nacional en torno al castigo de crímenes de lesa humanidad. A modo de ejemplo, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal expuso, en un fallo reciente, que "el principio de legalidad consagrado

[4] *Supra* nota 1, p. 73.

en el ámbito nacional —al menos en lo referente a la aplicación de la regla de la irretroactividad de la ley penal derivada de aquel—, queda desplazado por la normativa internacional positivizada y de origen consuetudinario frente a la comisión de delitos de lesa humanidad [...]. Los deberes del Estado asumidos en virtud de las normas convencionales comprenden la ejecución de la pena o sanción impuesta por los crímenes de lesa humanidad, pues lo contrario, es decir limitar los deberes del Estado a la imposición de una pena sin atender a su efectivo cumplimiento, importaría la renuncia a los fines establecidos en los instrumentos del art. 75 inc. 22 CN y la desatención al derecho de las víctimas y la sociedad en general, y en consecuencia comprometería la responsabilidad internacional de la Nación" (causa 8223, "Girbone, Héctor Salvador", 24/10/2017).

Los argumentos recién transcriptos confirman la preocupación de ROSLER acerca de cierta tendencia a incorporar consideraciones punitivistas en las decisiones de los tribunales penales. En efecto, la idea de que existe un deber de punir de manera efectiva algunos actos, que es tan riguroso que neutraliza las garantías con las que cualquier imputado por un delito común normalmente contaría, no es sino una clara expresión punitivista. Una lectura más atenta de los argumentos que se suelen dar en apoyo de posturas como las expresadas en los fallos referidos, permite poner en evidencia la endeble construcción teórica y jurídica detrás de la moderna doctrina penal en torno al castigo de delitos de lesa humanidad. A modo ejemplificativo, podemos señalar las siguientes falencias de dicha doctrina.

En primer lugar, como señala ROSLER, es obvio que un tribunal penal tiene el deber de imponer sanciones penales a quienes son encontrados culpables de un delito si es que se corroboran ciertos extremos fácticos y jurídicos, pues esa es últimamente su función, pero igualmente obvio es que debe imponer dichas sanciones respetando los derechos y garantías del imputado. Es decir, a menos que nos encontremos frente al ejercicio del poder punitivo en manos de un Estado totalitario, el "deber" de castigar efectivamente determinados actos no puede desplazar los derechos fundamentales, o derechos "como cartas de triunfo" en la terminología de DWORKIN, que todo ciudadano tiene.

Tampoco es claro que exista una obligación internacional de castigar ciertos actos, y que queden automáticamente vedadas otras formas de resolver los conflictos penales, bajo el derecho

internacional. Como ha señalado GARGARELLA,[5] algunos jueces han leído en el articulado de los instrumentos internacionales aplicables lo que ellos han querido leer, haciendo uso de considerables licencias lingüísticas. Un ejemplo de ello (aunque se podría decir que se trata de un fenómeno generalizado) es el razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Gelman". En dicha oportunidad la Corte dijo que los Estados tienen la obligación de "sancionar" a los responsables de cometer crímenes graves. Dicho deber se desprendería, según aclara, de "la obligación de garantía consagrada en el art. I.1. de la Convención Americana" ("Gelman", párr. 189), que obliga a los Estados a 'prevenir, investigar y sancionar toda violación a los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos ("Gelman", párr. 190). Sin embargo, al leer el art. I.1. de la Convención nos encontramos con lo siguiente: "*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*". Resulta cuando menos llamativo el razonamiento de la Corte, que de un texto que habla sobre garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de todas las personas sin discriminación alguna, deriva sin más una inapelable obligación de sancionar penalmente las violaciones de derechos humanos.

Por otro lado, aun si existiera dicha obligación sancionatoria bajo el derecho internacional, esta no podría implementarse de una manera que viole el principio de legalidad, el cual es, por definición, de aplicación universal. Si se consagraran dos regímenes distintos de garantías, uno para los delitos comunes y otro para los delitos de lesa humanidad, se cometería una flagrante violación al principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Además, una interpretación de los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional que "desplace" a los derechos y garantías consagrados en la primera parte de la Constitución sería también violatoria del artículo 75 inc. 22 de la Constitución, en cuanto dispone: "*La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención*

[5] GARGARELLA, *Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal,* Buenos Aires, Siglo XXI, 2016, p. 111.

Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos" (el resaltado me pertenece).

Tampoco resultan sólidas —o, al menos, lo suficientemente sólidas como para justificar una modificación del régimen de garantías penales— las evocaciones al siempre difuso e impreciso derecho consuetudinario internacional o derecho de gentes, ni las consideraciones relativas a la especial gravedad de los delitos de lesa humanidad, que justificarían un tratamiento distinto para reparar el sufrimiento de las víctimas. Nadie en su sano juicio pretendería negar el carácter abominable de los actos que constituyen delitos de esta índole, pero también resultan horrorosos el crimen del femicida o del violador serial, y sin embargo en estos últimos casos, como en otros de igual gravedad, las garantías penales no se administran desigualmente en virtud de la condición moral del enjuiciado.

Al leer este tipo de argumentos de manera conjunta con el trabajo de ROSLER, el lector advierte con facilidad el carácter punitivista de aquellos y su alejamiento de los preceptos básicos del garantismo. El artículo cumple así su cometido de que "ojalá que esta narrativa histórico-conceptual nos ayude a dar un paso en la dirección correcta y que los penalistas vuelvan a ser cuanto antes lo que alguna vez fueron, sabuesos entrenados para detectar garantías penales insatisfechas, antes que portadores de la conciencia punitiva del pueblo".[6]

IV. Una cuestión de interpretación

Ahora bien, del análisis de ROSLER se desprende que no existe punto medio entre las escuelas punitivista y garantista: es decir, los jueces o bien pueden aplicar el derecho de modo tal que se respeten las garantías penales, o bien dejarse llevar por consideraciones punitivistas y fallar en forma violatoria de las garantías y, por ende, del derecho vigente. Según esta mirada, el contenido y alcance de las normas aplicables a un caso concreto es lo suficientemente claro como para no

[6] *Supra* nota 1, p. 98.

admitir divergencias en cuanto a su interpretación: el derecho prescribe que el caso se resuelva de manera x; por ende, si los jueces —por razones morales, prudenciales o lo que fuera— fallan -x, deberían sincerarse y admitir que no están aplicando el derecho vigente.

Sospecho que esta visión tiende a simplificar la cuestión, y que parte de presupuestos refutables en relación con la naturaleza de la interpretación y aplicación del derecho. Concretamente, creo que el análisis de ROSLER no contempla la posibilidad de que, en el marco de un debate serio en el seno de la sociedad, podamos disentir honestamente acerca del contenido del derecho. Paso ahora a desarrollar el eje de mi desacuerdo con el autor referido.

La textura abierta del lenguaje no es a esta altura, para quienes se dedican al estudio del derecho, ninguna novedad. Según un texto clásico, "es corriente presuponer que los criterios que presiden el uso de las palabras que empleamos para hablar acerca de la realidad están totalmente determinados. Pero eso no es más que una ilusión".[7]

Las divergencias que se dan a raíz de dicha característica del lenguaje en el ámbito de la aplicación del derecho son especialmente profundas, precisamente por lo que está en juego a la hora de darle mayor precisión al significado de las palabras. Es común que dos personas estén de acuerdo con respecto a qué norma debe regir la resolución de un caso concreto, y que sin embargo las soluciones que cada una propone para resolver el caso sean diametralmente opuestas.

No es casual que el tema de mayor desarrollo en el derecho constitucional norteamericano sea la interpretación constitucional, eje de innumerables disensos entre los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos. Quizás el legado más perdurable de Antonin SCALIA sea su defensa del originalismo, así como el de Earl WARREN es su lectura progresiva de la Constitución.[8]

Sobre la textura abierta del lenguaje constitucional, Richard POSNER dice: "[m]uchas cláusulas de la Constitución, sin embargo, son redactadas en términos genéricos. Ello crea flexibilidad ante la posibilidad de cambios inesperados, pero también crea la posibilidad de interpretaciones alternativas, y esta posibilidad es embarazosa para una teoría de la legitimidad judicial que niega

[7] CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y Lenguaje,* Buenos Aires, Lexis Nexis: Abeledo Perrot, 2006, p. 35.
[8] La obra de Philipp BOBBITT, *Constitutional Fate: Theory of the Constitution* (Oxford University Press), sistematiza de forma exhaustiva las distintas "modalidades" utilizadas por los jueces norteamericanos para interpretar y aplicar el derecho.

que los jueces tengan algún derecho de ejercer su discreción. Una elección entre interpretaciones de un texto semánticamente plausibles, en circunstancias remotas a aquellas contempladas por sus redactores, requiere el ejercicio de discreción y una evaluación de las consecuencias. […] El principio más amplio, que se aplica tanto a la Constitución como a la palabra hablada, es que si una posible interpretación de un enunciado ambiguo generaría resultados terribles o absurdos, existe una buena razón para rechazarla".[9] Asimismo, señala que la corrección de leer la Constitución de manera extensiva o estrecha no surge del mismo texto de esta, sino que se trata de una decisión del intérprete motivada por su propio entendimiento acerca del rol de los jueces en una democracia, la competencia de la legislatura, etc.

POSNER ilustra su punto con el siguiente ejemplo. La Sexta Enmienda prevé que "*En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho […] de contar con la ayuda de un abogado que lo defienda*" ("*in all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right… to have the Assistance of Counsel for his defense*").[10] Leída estrechamente, esta cláusula tan solo quiere decir que al imputado no se le puede prohibir que se asesore por un abogado. Leída extensivamente, en cambio, la Enmienda exige al Estado que garantice a quien no tiene medios económicos una efectiva asistencia letrada. Ambas lecturas son compatibles con el texto de la Enmienda. POSNER señala que la lectura estrecha captura con mayor precisión la intención de los redactores, dado que en aquella época la mayoría de los imputados afrontaban los juicios sin un abogado, ya que los procesos eran relativamente simples, y que el objeto de la Enmienda era deshacerse de una vieja cláusula del derecho inglés que prohibía al imputado ser asistido por un letrado. Hoy la situación es muy distinta, teniendo en cuenta la complejidad de los procesos judiciales y la seria desventaja a la que se vería sometido un imputado si no se le garantizare la defensa técnica en el juicio. En cualquier caso, la decisión judicial de leer la cláusula en el sentido y con la extensión que quisieron darle sus redactores, o de leerla de un modo actualizado para que resulte más armónica con la evolución del ordenamiento jurídico en su totalidad, debe ser fundamentada por el juez a través de un trabajo argumental que excede las palabras de la Constitución.

---

[9] POSNER, "What Am I? A Potted Plant?", disponible en http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/interp.html [enlace verificado el 1.º de mayo de 2018] (la traducción me pertenece).

[10] Traducción extraída de https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/usconstitution_spanish.pdf [enlace verificado el 1.º de mayo de 2018], sitio website de Oak Hill Publishing Company, principal editora de la Constitución de Estados Unidos.

El ejemplo de la Sexta Enmienda sirve para ilustrar el común escenario que se da cuando el texto de una norma se presta para diversas interpretaciones y personas razonables disienten acerca de su significado. Estamos aquí ante la presencia de un "desacuerdo razonable", expresión que no es tautológica ya que el calificativo de "razonable" sirve para ilustrar que las posturas en conflicto son compatibles semánticamente con el texto de la norma y están apoyadas sobre argumentos que, al menos, merecen ser tenidos en cuenta y rebatidos. Anticipando una posible objeción, debo aclarar que las consideraciones anteriores no son exclusivas del sistema jurídico norteamericano y que todo lo dicho con respecto a las dificultades interpretativas que plantea la Sexta Enmienda —o la Primera, o la Segunda, etc.— son extensibles a nuestro propio ordenamiento. Sustitúyase "Sexta Enmienda" por "artículo 2 del Código Penal argentino" y el análisis efectuado se mantiene inalterado.

V. Otra vez, el derecho y la moral

Demos ahora un paso más y asumamos que la encrucijada descripta en el ejemplo anterior plantea un problema moral: la respuesta moralmente correcta sería brindar al indigente la posibilidad de exigir al Estado que le brinde un abogado gratuito, pero la ley no es clara al respecto.

Podríamos entonces preguntarnos: ¿es la moral relevante para fijar el contenido de lo que el derecho exige en un caso concreto? Ronald DWORKIN sostiene que históricamente se han dado dos respuestas: el positivismo legal y el interpretativismo. "El positivismo declara la independencia absoluta de los dos sistemas. Lo que el derecho es depende únicamente de sucesos históricos: depende, últimamente, de lo que la comunidad en cuestión, como un asunto de costumbre y práctica, acepta como derecho. Si una ley injusta cumple con el test aceptado por la comunidad para que haya derecho —si fue adoptado por una legislatura y todos los jueces están de acuerdo en que la legislatura es el soberano creador de leyes— entonces la ley injusta realmente es el derecho. El interpretativismo, por otro lado, niega que el derecho y la moral sean sistemas completamente independientes. Sostiene en cambio que el derecho incluye no solo las reglas específicas dictadas de conformidad con las prácticas aceptadas por la comunidad, sino también los principios que proveen la mejor justificación moral para esas reglas dictadas. El derecho entonces

incluye también las reglas que se derivan de los principios justificantes, aunque estas nunca hayan sido formalmente dictadas".[11]

El problema fatal del cuadro de los dos sistemas separados, continúa el análisis de DWORKIN, es que "una vez que tomamos al derecho y a la moral como sistemas de normas autónomos, no existe un punto neutral desde el cual se puedan determinar las conexiones entre los dos sistemas supuestamente separados. ¿A dónde debemos recurrir para responder la pregunta acerca de si el positivismo o el interpretativismo es mejor posición respecto de cómo se relacionan los dos sistemas? ¿Es esta una pregunta moral o jurídica? Ambas opciones conllevan un argumento circular y de un radio demasiado estrecho".[12]

Si decidimos tratar la pregunta como una cuestión jurídica debemos consultar el material jurídico: constituciones, leyes, fallos judiciales, costumbre, etc. Pero luego debemos analizar cuál es la relación correcta entre derecho y moral que se desprende de la lectura de todo ese material, y no podemos responder esa pregunta sin contar con una teoría sobre cómo leer material jurídico. Asimismo, no podemos tener una teoría sobre cómo leer material jurídico sin antes haber ya decidido qué rol cumple la moral en la fijación del contenido del derecho. En este sentido DWORKIN dice: "[c]uando nos preguntamos si el material jurídico demuestra o niega una conexión entre el derecho y la moral, ¿suponemos que el material incluye no solo las normas dictadas de conformidad con la práctica convencional, sino también los principios necesarios para justificar dichas normas? Si no incluimos los principios justificantes, hemos construido al positivismo desde el comienzo y no deberíamos sorprendernos cuando aparece al final. Pero si los incluimos, hemos construido el interpretativismo".[13]

Por otra parte, si tratamos la pregunta como una pregunta moral, también nos encontraremos con argumentos circulares: si el derecho y la moral son dos sistemas separados, decir que la mejor teoría acerca de qué es el derecho depende de cuestiones morales implica que ya hemos tomado partido desde el comienzo en contra del positivismo. Si, opuestamente, decimos que no existe tal relación, ya hemos decidido la corrección del positivismo desde el principio.

[11] DWORKIN, *Justice for Hedgehogs,* Harvard University Press, 2011, pp. 401-2, la traducción me pertenece.
[12] *Supra* nota 11, p. 403.
[13] *Supra* nota 11, p. 403.

Ante esta encrucijada, DWORKIN señala que los positivistas sostuvieron que la forma correcta de resolver el problema era tratar la pregunta no como una cuestión jurídica o moral, sino conceptual. De este modo, a través de un análisis del concepto mismo de derecho se podría determinar su esencia sin asumir desde el comienzo posiciones jurídicas ni morales, y así llegar a la conclusión de que el derecho es una cosa y lo que el derecho debería ser es otra cosa distinta, por lo cual el derecho y la moral son conceptualmente independientes. Sin embargo, la única forma de resolver el problema de circularidad de la concepción de los dos sistemas separados a través de un análisis del concepto del derecho, es si tratamos dicho concepto como un concepto criterial (es decir, un concepto que compartimos cuando, y solo en la medida en que, utilizamos el mismo criterio para identificar un objeto). Ello no es posible, dado que no existe acuerdo entre abogados y jueces de las complejas comunidades modernas acerca de qué proposiciones de derecho son verdaderas. El concepto de derecho solo puede entonces ser entendido como un concepto interpretativo (entendido como un "concepto que compartimos cuando nuestro comportamiento colectivo al utilizar dicho concepto es mejor explicado asumiendo que su correcto uso depende de la mejor justificación del rol que cumple para nosotros"[14]). Por tanto, defender una visión particular de este concepto interpretativo solo puede significar defender una controvertida teoría sobre moral política. Como el concepto de derecho es un concepto interpretativo, el análisis debe comenzar identificando las prácticas políticas, comerciales y sociales en las cuales el concepto figura.[15]

Volviendo al supuesto: quienes defiendan una lectura originalista de la Sexta Enmienda, y por ende consideren que dicha norma se limita a garantizar al imputado un derecho negativo a no ser privado de la posibilidad de contratar a un abogado, deberán apoyar su postura argumentando las ventajas democráticas que conlleva priorizar la voluntad de los legisladores electos que redactaron la norma por sobre las consideraciones personales de un puñado de jueces encargados de aplicarla, o un argumento por el estilo. Quienes sostengan, por el contrario, que la lectura correcta es aquella que garantiza al imputado el derecho positivo de exigir al Estado que le provea un defensor gratuito, probablemente defiendan su visión argumentando que su respuesta refleja de manera más adecuada determinados principios morales implícitos en la Constitución. En cualquier caso, la discusión entre el originalista y el partidario de una interpretación dinámica de la Constitución incorporará inevitablemente concepciones en pugna acerca de cuál es la forma correcta de leer la

[14] *Supra* nota 11, p. 158.
[15] *Supra* nota 11, p. 404.

Constitución, las cuales no se desprenden del texto mismo de esta, sino que fluyen de determinadas posiciones políticas y morales.

Frente al panorama presentando, sospecho que ROSLER podría objetar que si bien existen normas cuyo lenguaje es ambiguo y por tanto su interpretación puede disparar algunos de los problemas que venimos describiendo, ello no ocurre en todos los casos, ya que hay otras normas cuya redacción es inequívoca y respecto de las cuales no hace falta ninguna interpretación (en sentido fuerte) por parte del juez al momento de aplicarlas. Esta respuesta presupondría una distinción entre la tarea de aplicar el derecho (actividad que tendría lugar cuando el juez resuelve el caso basándose en una norma clara) e interpretar el derecho (actividad que realizaría el juez cuando el lenguaje de la norma no es claro). Así, por ejemplo, a diferencia de lo que sucede con la Sexta Enmienda, si un juez tuviera que aplicar el artículo 2 del Código Penal (que reza: "*Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho*"), no debería interpretar nada, pues la norma es suficientemente clara y no admite mayores discrepancias. Los jueces que deban resolver un caso que involucre dicho artículo se enfrentarían entonces a dos posibilidades: aplicar la norma en cuestión y resolver el caso de conformidad al derecho vigente, o no aplicarlo y violar el derecho.

Entiendo, sin embargo, que DWORKIN tiene razón al decir que no existe un acuerdo generalizado entre jueces y abogados acerca de la verdad de determinadas proposiciones jurídicas, y que el contenido de las normas no es auto-evidente como sugiere ROSLER. Muestra de ello es la existencia misma de la disidencia del fallo "Muiña", es decir, la circunstancia de que dos de los cinco miembros de la Corte Suprema estuvieran en desacuerdo con la postura de la mayoría (asumimos, por supuesto, que los integrantes de la Corte son todos abogados calificados y expertos en materia jurídica). En el plano doctrinario, las diferencias de opinión son igualmente notorias: como ejemplos podemos nombrar, de un lado, al mismo ROSLER y su defensa del fallo "Muiña" realizada en una serie de artículos publicados en el blog "La Causa de Catón"; por el otro, el trabajo de Hernán GULLCO "Caso 'Muiña': Un breve comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", publicado en el número 4 de esta revista, el cual argumenta que el fallo en cuestión contradice el derecho vigente. Sin perjuicio de que lo más probable es que el lector tome partido por uno de los "bandos" en la discusión (por ejemplo, que sea persuadido por la lectura que hace ROSLER del derecho vigente y no se conmueva con los argumentos de GULLCO en sentido opuesto), la seriedad de los argumentos expuestos por ambas partes debería ser un

indicador de que lo que está en discusión no es equiparable a, supongamos, establecer cuántos mundiales de futbol ganó Argentina. Mientras que la respuesta en uno de los casos no admite disidencia razonable (lamentablemente los argentinos sufrimos aquella final en el Maracaná), la cuestión planteada en el otro deja espacio para el desacuerdo y la argumentación.

Espero que el análisis desarrollado hasta aquí haya servido para demostrar que si bien la dicotomía garantismo/punitivismo desarrollada por ROSLER arroja luz sobre una tendencia preocupante en las decisiones de los tribunales penales locales, el cuadro de las dos escuelas antagónicas no sirve para explicar de manera exhaustiva algunas de estas decisiones. Es decir, entre la decisión garantista de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Muiña" y el claro punitivismo de argumentos como aquel según el cual la Argentina tiene un deber internacional de castigar efectivamente ciertos delitos que desplaza al principio de legalidad, existe un lugar para el desacuerdo respecto de cuál es la respuesta jurídicamente adecuada en un caso concreto, y no es posible resolver este desacuerdo afirmando, de antemano, que la norma aplicable tiene un significado incontestable que surge de su propio texto.

Me permito ilustrar esta "zona gris" remitiéndome al análisis que Roberto GARGARELLA efectuó del fallo en cuestión. GARGARELLA no criticó la resolución de la Corte apelando a argumentos punitivistas que prioricen el castigo del imputado por sobre sus derechos constitucionales, sino a través de un análisis, *niniano* en esencia, acerca de qué interpretación de la norma resultaba la más razonable. El eje de dicho planteo es que la lectura que la mayoría de la Corte realizó del artículo 2 del Código Penal tiene implicancias absurdas, que contradicen los principios republicanos sobre los cuales se apoya la Constitución. En palabras del autor: "[p]or un lado, está la cuestión de que el citado artículo del Código Penal considera también como 'ley más benigna' a las leyes vigentes en el 'tiempo intermedio', lo que genera la pregunta de si esta ley del '2 x 1', que nació después de que Muiña cometió sus crímenes, y murió antes de que él fuera detenido y condenado, califica como 'ley intermedia'. Para la Corte, a partir de una lectura —desde mi punto de vista— torpemente literalista, la respuesta es positiva, como lo es también para buena parte de la doctrina penal, que está metida en este embrollo del que no sabe cómo salir (a la doctrina tradicional le encantan esos embrollos verbales, porque lucra con sus argucias técnicas). En mi opinión, no es aceptable una lectura literal-boba como la que se propone, cuando el cómputo de la pena que se le hizo a Muiña tuvo lugar en un momento en que ya no regía dicha ley (la del '2 x 1'), siendo además que la prisión preventiva que él padeció no ocurrió antes o durante el tiempo en que dicha ley estuvo vigente (ello, más allá del hecho de que, en razón de las leyes de perdón vigentes durante el tiempo en que rigió la ley del '2 x 1', Muiña no pudo ser sometido en

esos años a un régimen de prisión preventiva como el que la ley 24.390 quiso reparar). Como sostuve en otro lugar la norma del Código Penal sobre ley más benigna se entiende cuando la invoca alguien que llevó adelante una conducta que en el momento en que la cometió era considerada como falta; y se entiende cuando alguien cometió una falta (considerada tal), relacionada con una conducta que luego la comunidad pasó a considerar irreprochable o perfectamente ajustada a derecho; como se entiende si alguien obtiene un beneficio sobre su detención o condena, que al poco de concedérsele se le anula (así, en el 'tiempo intermedio' al que refiere el Código). Todos esos casos, amparados por el art. 2 del Código, son perfectamente comprensibles y razonables en una sociedad decente, que quiere regirse por principios liberales en materia penal, y que quiere tratar a todos sus miembros como iguales. Pero resulta irrazonable e incomprensible que, en esa misma sociedad, alguien invoque una norma que no regía cuando cometió la falta; no regía cuando fue detenido; no regía cuando fue procesado; no regía cuando fue condenado; pero rigió en unos años en donde él nunca pudo re-orientar sus actos en razón de ella, ni nunca pudo tener la expectativa razonable de que se le aplicara. ¿Con qué cara esa persona podría mirarnos a los ojos y decirnos que lo estamos tratando injustamente, cuando él actuó en relación con otras normas, y fue detenido, procesado y condenado en tiempos en donde la norma que invoca ya no formaba parte del derecho, ni —en los hechos— pudo habérsele jamás aplicado?".[16]

El "test republicano" propuesto por GARGARELLA habría inclinado la decisión de la Corte en "Muiña" hacia la no aplicación de la ley del 2 x 1, y sin embargo difícilmente dicho argumento pueda ser considerado como punitivista, o violatorio del derecho vigente. No se vislumbran referencias a un supuesto deber irrenunciable de castigar, ni desplazamientos del principio de legalidad, ni imperativos categóricos de sancionar penalmente. Por el contrario, nos encontramos con un planteo que nos propone una lectura de la norma apoyada en criterios de justicia procedimental y valores comunitarios consistentes con el liberalismo político y el garantismo penal. Teniendo en mente argumentos de este tipo, las limitaciones explicativas de la dicotomía punitivismo/garantismo planteada por ROSLER se hacen evidentes —limitaciones que se desprenden de una determinada forma de pensar la interpretación del derecho en términos más generales—. Volviendo al caso del 2 x 1, si bien algunos de los argumentos en contra del fallo son claramente punitivistas, ello no implica que la *única* solución compatible con el garantismo es la

[16] GARGARELLA, "La Corte no lo hizo", en *Revista Anfibia*, disponible en http://www.revistaanfibia.com/ensayo/la-corte-no-lo-hizo/ [enlace verificado el 1.º de mayo de 2018].

que adoptó la Corte (piénsese en la solución propuesta por GARGARELLA). Para concluir, creo que el análisis conceptual-histórico efectuado por ROSLER seguramente servirá para que los penalistas vuelvan a ser sabuesos entrenados para detectar garantías penales insatisfechas en lugar de portadores de la conciencia punitiva del pueblo. Entiendo, sin embargo, que el entrenamiento olfativo debería incluir la advertencia de que no todas las decisiones judiciales en las que esté en juego interpretar una norma de un modo que beneficie o que perjudique al imputado representan un conflicto de suma cero entre el garantismo y el punitivismo.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 6, pp. 344-363

HAY DOS SIN TRES: UNA VEZ MÁS HACIA LA BRECHA DE LESA HUMANIDAD

Prof. Dr. Andrés ROSLER*

Fecha de recepción: 15 de mayo de 2018
Fecha de aprobación: 25 de mayo 2018

Debo comenzar agradeciéndole a Tomás FERNÁNDEZ FIKS por su amabilidad de haberse tomado el trabajo de replicar mi artículo sobre la antinomia garantismo vs. punitivismo, aplicada particularmente a los delitos de lesa humanidad, publicado en el número anterior de *En Letra: Derecho Penal*[1] (a partir de aquí "la Tostadora").

Si las entendí correctamente, las tres primeras secciones de la réplica de FERNÁNDEZ FIKS son bastante elogiosas y es por eso que no me voy a detener en ellas. Además, FERNÁNDEZ FIKS parece compartir mi rechazo por el punitivismo en la medida en que sostiene que: "El artículo cumple […] su cometido de que 'ojalá que esta narrativa histórico-conceptual nos ayude a dar un paso en la dirección correcta y que los penalistas vuelvan a ser cuanto antes lo que alguna vez fueron, sabuesos entrenados para detectar garantías penales insatisfechas, antes que portadores de la conciencia punitiva del pueblo" (p. 333). O para decirlo de otra manera, puesto a elegir entre el garantismo y el punitivismo, FERNÁNDEZ FIKS se queda con el garantismo.

El punto de FERNÁNDEZ FIKS, sin embargo —después de todo, se trata de una réplica—, es que en lo que atañe a las concepciones acerca de los límites de la puesta en marcha del aparato punitivo del Estado, no hay dos (garantismo y punitivismo) sin tres (interpretativismo). En efecto, en las dos últimas secciones de la réplica (IV y V), FERNÁNDEZ FIKS sostiene que "el cuadro de las dos escuelas antagónicas", es decir la dicotomía entre el garantismo y el punitivismo, exhibido en mi artículo "no sirve para explicar de manera exhaustiva" los desafíos que representan los delitos

* Abogado (UBA). Máster en Ciencia Política (FLACSO). Doctor en Derecho (Oxford). Investigador del CONICET. Profesor de Filosofía del Derecho, Facultad de Filosofía y Letras (UBA). Contacto: andres.rosler@gmail.com.

[1] ROSLER, "Si Ud. quiere una garantía, compre una tostadora", en *En Letra: Derecho Penal*, n.º 5, 2017, pp. 62-102.

de lesa humanidad (p. 340). La tesis entonces de la réplica es que no hay dos sino tres grandes escuelas de derecho penal en relación con la aplicación de garantías penales, o la falta de ella, por supuesto.[2] Es por eso que a continuación me voy a concentrar en las dos últimas secciones de la réplica.

Antes de entrar propiamente en materia, es digno de ser destacado que aunque la Tostadora tiene pretensiones histórico-conceptuales —bastante caseras por otro lado—, en la medida en que se remonta hasta el republicanismo clásico, pasando fundamentalmente por los siglos XIX y XX, la réplica de FERNÁNDEZ FIKS tiene aspiraciones filosóficas o ahistóricas por así decir, ya que se concentra en un par de autores del siglo XX. En otras palabras, lo que está en disputa no es solamente *qué* hacer con el punitivismo de lesa humanidad sino *cómo* tratarlo. Sin embargo, en mi dúplica voy a aceptar el terreno de juego elegido por la réplica, que es esencialmente filosófico.

En rigor de verdad, tal vez debido a "mi alma profética" como dice HAMLET[3], en la Tostadora yo había previsto la posibilidad de que alguien pudiera objetar que la dicotomía garantismo vs. punitivismo no es exhaustiva debido a que precisamente no considera al interpretativismo como una tercera posición genuina. Me permito citarme: "alguien podría [...] proponer una tercera posición que suele ser designada como interpretativismo [...]. Según esta tercera posición, sea que el derecho quede reducido a normas positivas o que consista en el razonamiento moral, en ambos casos es *siempre* un concepto interpretativo y por lo tanto solamente sabremos cuál es el derecho vigente precisamente merced a su exégesis".[4]

Es por eso que resolví dedicar una sección de la Tostadora, la III ("Con ustedes, los intérpretes"), al interpretativismo. De ahí que llame la atención el hecho de que en su réplica FERNÁNDEZ FIKS no haga una sola mención a dicha sección, ni tampoco a la ley penal retroactiva (la 27.362), alias "ley de interpretación auténtica", la cual lamentablemente no es un experimento

[2] En rigor de verdad, dado que según el interpretativismo al derecho hay que interpretarlo siempre, da la impresión de que para el interpretativismo el garantismo y el punitivismo no son sino espejismos que se disuelven una vez que hemos dado con la interpretación correcta. Sin embargo, en esta dúplica voy a asumir que FERNÁNDEZ FIKS no es un interpretativista de paladar negro (de hecho, vamos a ver que hay varias razones para creer esto), sino que cree que hay tres posiciones en disputa y es por eso que dice que la dicotomía garantismo vs. punitivismo no es "exhaustiva" (p. 340).

[3] SHAKESPEARE, *Complete Works*, (ed. Jonathan BATE y Eric RASMUSSEN), Basingstoke, Macmillan, 2007, p. 1939.

[4] ROSLER, *supra* nota 1, pp. 94-95.

mental que yo utilizo en esa sección de la Tostadora con fines argumentativos, sino que, por increíble que parezca, está en vigencia en nuestro país merced a su sanción por parte del Congreso de la Nación como respuesta a un fallo de la Corte Suprema ("Muiña"), como es de público conocimiento o debería serlo en todo caso.

Si FERNÁNDEZ FIKS entonces hubiera considerado en su réplica dicha sección de mi trabajo, habría visto que allí constan —al menos en general— las razones por las cuales el interpretativismo no puede ser la respuesta en relación con la dicotomía garantismo vs. positivismo.[5] Para decirlo en pocas palabras, la dificultad insalvable del interpretativismo es que termina "colapsando en una de las dos posiciones anteriores, sea el garantismo […] o el punitivismo […], antítesis que se suponía el interpretativismo venía a superar. Sea como fuere, salta a la vista entonces que por más interpretativistas que seamos, el desafío continúa siendo el de tomar partido entre el garantismo y el punitivismo".[6]

Ruego entonces que quienes hayan leído la Tostadora y así y todo continúen con la lectura de esta dúplica, sepan disculpar las varias repeticiones que hallarán en este trabajo, ya que para responder adecuadamente a FERNÁNDEZ FIKS no me quedaba otra alternativa que insistir con algunas consideraciones que constan incluso literalmente en la Tostadora. Por otro lado, haré todo lo posible para, amén de repetirme, aprovechar la ocasión para decir algo nuevo, o al menos eso espero.

Pasemos entonces a examinar las dos secciones que forman el corazón de la réplica a la Tostadora. La primera es la IV ("Una cuestión de interpretación") y la segunda es la V ("Otra vez, el derecho y la moral").

[5] En realidad, tengo serias dudas de que el interpretativismo pueda ser una respuesta en general en relación con la filosofía del derecho en general, pero eso quedará para otra oportunidad. A este respecto, al lector le podría interesar un artículo sobre el interpretativismo que he enviado a la *Revista Jurídica de San Andrés* para que sea sometido a referato, titulado "Hermes o la continuación de Antígona por otros medios".
[6] ROSLER, *supra* nota 1, p. 95.

I. No sé si me interpreta

Me da la impresión de que la siguiente frase de FERNÁNDEZ FIKS encapsula una objeción que representa lo que para él es el defecto principal de la Tostadora, a saber: "no contempla la posibilidad de que, en el marco de un debate serio en el seno de la sociedad, podamos disentir honestamente acerca del contenido del derecho" (p. 334).[7] Sin embargo, FERNÁNDEZ FIKS oscila al especificar cuál es exactamente el problema que tiene la Tostadora con la determinación del contenido del derecho.

Por un lado, FERNÁNDEZ FIKS sostiene que "el contenido de las normas no es auto-evidente como sugiere ROSLER" (p. 339). Por el otro lado, FERNÁNDEZ FIKS sostiene que "ROSLER podría objetar que si bien existen normas cuyo lenguaje es ambiguo y por tanto su interpretación puede disparar algunos de los problemas que venimos describiendo, ello no ocurre en todos los casos, ya que hay otras normas cuya redacción es inequívoca y respecto de las cuales no hace falta ninguna interpretación (en sentido fuerte) por parte del juez al momento de aplicarlas" (p. 339). Como se puede apreciar, o bien FERNÁNDEZ FIKS se contradice en su descripción de lo que yo digo, o bien el que se contradice soy yo. Si entendiéramos lo que dice FERNÁNDEZ FIKS en su mejor luz, habría que concluir que asume que me contradigo (aunque por alguna razón no lo dice).

Ahora bien, no sin invocar la benevolencia de los lectores anticipada al comienzo, quisiera recordar que en la sección de la Tostadora pasada por alto por FERNÁNDEZ FIKS se puede leer que "No podemos confundir […] la supuesta *desambiguación* del significado de un significante existente —a lo que se supone que apunta la así llamada 'ley interpretativa auténtica' en cuestión— con la creación de un nuevo significante. En todo caso, ¿cuál sería el significante viejo al cual la ley 27.362 viene a darle un significado nuevo? De ahí que la ley 27.362 es 'auténtica' ya que proviene del mismo autor que la ley 24.390, pero *no es en rigor una interpretación, sino una obra diferente y encima, lo que más nos preocupa, retroactiva y más gravosa en materia penal*".[8]

[7] Esta frase de FERNÁNDEZ FIKS tiene cierto tono *waldroniano*. Por ejemplo: "somos ángeles con opiniones y sostenemos visiones conflictivas sobre lo que es correcto por las cuales estamos preparados a luchar" (WALDRON, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 46; v. p. 90). Como veremos más abajo, si bien la letra de la réplica de FERNÁNDEZ FIKS es *dworkiniana*, su espíritu general es *waldroniano*.

[8] ROSLER, *supra* nota 1, p. 94, énfasis agregado.

Salta a la vista entonces que dado que me refiero explícitamente a la posibilidad de la *interpretación* de la ley en general y a la *desambiguación* en particular, es simplemente falso que yo no contemple "la posibilidad de que, en el marco de un debate serio en el seno de la sociedad, podamos disentir honestamente acerca del contenido del derecho". Mi punto, entonces, es que hay que interpretar el derecho solamente cuando hace falta, esto es, cuando no lo entendemos, al menos si nos interesa respetar la autoridad del derecho. Por supuesto, quizás la interpretación sea la regla y la comprensión la excepción. Pero el solo reconocimiento de que a veces, aunque sea excepcionalmente, entendemos el derecho sin interpretarlo, es más que suficiente para no sucumbir al encanto del interpretativismo *dworkiniano*, para el cual la interpretación es inexorable en *todos* los casos, incluso si se tratara de la prohibición de cruzar un semáforo en rojo.[9] Tal como algunos sostienen en relación con Perón y al peronismo, el problema entonces no es la interpretación sino el interpretativismo.

Dicho sea de paso, así como no estoy seguro de qué es lo que FERNÁNDEZ FIKS piensa sobre mi posición en relación con la interpretación, yo mismo tampoco sé exactamente qué pensar sobre la posición de FERNÁNDEZ FIKS al respecto. En efecto, por momentos FERNÁNDEZ FIKS cree acercarse a DWORKIN sosteniendo que "DWORKIN tiene razón al decir que no existe un acuerdo generalizado entre jueces y abogados acerca de la verdad de *determinadas* proposiciones jurídicas" (p. 339, énfasis agregado). Sin embargo, si DWORKIN y FERNÁNDEZ FIKS realmente creyeran que el desacuerdo interpretativo solamente tiene lugar acerca de "la verdad de *determinadas* proposiciones jurídicas", entonces no solamente estaríamos de acuerdo los tres, sino que su interpretativismo se desvanecería en el aire ya que, insisto, para el interpretativismo *dworkiniano* el derecho tiene que ser interpretado *siempre*. Por suerte, en otro lugar FERNÁNDEZ FIKS se corrige a sí mismo al sostener *more dworkiniano* que "no existe acuerdo entre abogados y jueces de las complejas comunidades modernas acerca de qué proposiciones de derecho son verdaderas" (p. 338).

[9] "Así como los críticos literarios necesitan una teoría operativa, o al menos un estilo de interpretación, para construir [construct] el poema detrás del texto, los jueces necesitan algo así como una teoría de la legislación para hacer esto con las leyes. Esto puede parecer evidente cuando las palabras en la ley sufren de un defecto semántico; cuando son ambiguas o vagas, por ejemplo. Pero también es necesaria una teoría de la legislación *cuando estas palabras son impecables desde el punto de vista lingüístico*" (DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1986, p. 17, énfasis agregado).

Si interpretáramos a FERNÁNDEZ FIKS en su mejor luz nuevamente, su punto podría ser que si bien no hay razones para dudar de que a veces es suficiente comprender el derecho sin tener que interpretarlo, no es lo que sucede, v.g., en relación con el derecho aplicable al caso "Muiña". Sin embargo, si esta fuera la posición de FERNÁNDEZ FIKS no quedaría claro para qué recurre a DWORKIN. De hecho, como veremos más abajo, hay razones para creer que si bien DWORKIN aparece en la fachada, en realidad por dentro el edificio de FERNÁNDEZ FIKS es esencialmente *waldroniano*.

Asumamos entonces, al menos por ahora, que FERNÁNDEZ FIKS no es *dworkiniano*, o que su *dworkinianismo*, por así decir, es restrictivo o condicional, aunque no estoy seguro de cuáles son las condiciones que lo vuelven operativo. En todo caso, este parece ser el espíritu general de la sección IV de la réplica, la cual gira alrededor de una cita de POSNER sobre la Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y su supuesta relevancia para la aplicación —o la falta de ella mejor dicho— del artículo 2 del Código Penal a delitos de lesa humanidad, todo en aras de mostrar que el interpretativismo es una tercera opción entre el garantismo y el punitivismo. Según FERNÁNDEZ FIKS, "El ejemplo de la Sexta Enmienda sirve para ilustrar el común escenario que se da cuando el texto de una norma se presta para diversas interpretaciones y personas razonables disienten acerca de su significado. […] *Anticipando una posible objeción*, debo aclarar que las consideraciones anteriores no son exclusivas del sistema jurídico norteamericano y que todo lo dicho con respecto a las dificultades interpretativas que plantea la Sexta Enmienda —o la Primera, o la Segunda, etc.— son extensibles a nuestro propio ordenamiento. Sustitúyase 'Sexta Enmienda' por 'artículo 2 del Código Penal argentino' y el análisis efectuado se mantiene inalterado" (p. 336, énfasis agregado).

Sin embargo, es evidente que este argumento adolece de varias falencias. En primer lugar, el comienzo mismo de la cita de POSNER en lugar de ser una réplica en realidad confirma mi posición: "*Muchas* cláusulas de la Constitución […] son redactadas en términos genéricos" (p. 334). Es bastante claro que POSNER entonces no suscribe el interpretativismo de DWORKIN, sino que sostiene que *muchas* cláusulas de la Constitución requieren interpretación, no *todas*. En otras palabras, POSNER en el fondo suscribe la misma posición que FERNÁNDEZ FIKS me atribuye, lo cual se supone fue lo que motivó a FERNÁNDEZ FIKS a escribir esta réplica: "el contenido y el alcance de las normas aplicables *a un caso concreto* es lo suficiente claro como para no admitir divergencias en cuanto a su interpretación" (pp. 333-4, énfasis agregado). *Mutatis mutandis*, la cuestión sigue siendo entonces si el artículo 2 del Código Penal requiere interpretación y, en tal caso, cuál es la interpretación apropiada.

En segundo lugar, dado que según FERNÁNDEZ FIKS podemos sustituir la Sexta Enmienda por el artículo 2 del Código Penal y el mismo FERNÁNDEZ FIKS había anticipado la objeción ("Anticipando una posible objeción"), es una gran pena que no lo haya hecho, es decir, que no se haya tomado el trabajo de indicar las dudas que existen acerca del contenido del artículo 2 del Código Penal, cuyo texto vale la pena recordar: "*Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará* SIEMPRE *la más benigna*" (énfasis agregado, por supuesto). En todo caso, el "Sustitúyase" de FERNÁNDEZ FIKS, como todo imperativo, no es una descripción de la realidad, sino que es una expresión de un deseo. Sin duda, un imperativo puede ser un deseo con autoridad, pero no parece ser apropiado invocar la autoridad o dar una orden en ocasión de una discusión sobre argumentos. En otras palabras, FERNÁNDEZ FIKS debería haber mostrado la relevancia de la sustitución antes que estipularla.

En tercer lugar, es probable que el paso del tiempo se convierta en una dificultad para poder conocer el significado de una norma. Sin embargo, cabe recordar que la Sexta Enmienda es de 1791 y el Código Penal es de 1921, por lo cual el segundo no tiene por qué ser tan difícil de comprender como la Sexta Enmienda de 1791. Tampoco debemos olvidar que el artículo 2 del Código Penal está en juego a su vez debido a la así llamada ley del 2 x 1 (la 24.390), sancionada en 1994. Siguiendo entonces con la tesis según la cual la proximidad en el tiempo de un significado es directamente proporcional a las probabilidades que tenemos de comprenderlo o interpretarlo, FERNÁNDEZ FIKS debió haber optado entonces por concentrarse en el artículo 2 del CP (1921) y la ley del 2 x 1 (1994), para no decir nada de la ley penal retroactiva (que es de 2017), antes que por la Sexta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos de 1791.

Hablando de la Constitución, en cuarto lugar, debemos mantenernos alerta para no caer en una posible confusión provocada por el hecho de que el fallo Muiña haya llegado hasta la Corte Suprema. En efecto, la Corte Suprema es una institución que atiende diferentes ventanillas, que, en aras de la simplicidad, voy a agrupar en dos grandes clases solamente. La Corte puede entender en una causa en su carácter de (a) portadora del *shibboleth* constitucional y (b) como tribunal de última instancia de cierta competencia —penal a nuestros efectos—. Por supuesto, en cierto sentido la Constitución es como el sol, ya que aunque no la veamos siempre está detrás de los fallos judiciales. Sin embargo, mientras que los casos constitucionales suelen ser de naturaleza

política y por lo tanto esencialmente polémicos, los casos que podríamos llamar jurisdiccionales o de derecho común son básicamente "jurídicos", ya que, por ejemplo, tratan cuestiones de derecho penal cuya conflictividad suele ser mucho más acotada.[10]

Por supuesto, no estoy diciendo que sea imposible encontrar casos constitucionales que sean relativamente simples o casos de derecho penal bastante polémicos. Mi punto es que la regla y la excepción están repartidas de modo inverso en ambos casos y, sobre todo, mi punto es que no debemos confundir un caso en el cual están en juego derechos individuales básicos como las garantías penales, con casos en los cuales la decisión debe ser eminentemente política. Por supuesto, un caso que involucra derechos individuales se podría politizar —y no en el buen sentido de la palabra— por sus repercusiones antes que por su contenido, pero así y todo se supone que nadie —ni siquiera el pueblo— puede violar derechos individuales básicos, tales como las garantías penales.

Hablando de desacuerdos constitucionales, tal como habíamos anticipado, si bien la letra de la réplica de FERNÁNDEZ FIKS es claramente *dworkiniana*, sobre todo a juzgar por sus citas y los títulos de las secciones IV y V, da la impresión de que su espíritu es *waldroniano*. En efecto, se puede escuchar en la réplica un bajo continuo *waldroniano* —a pesar de que WALDRON no es siquiera mencionado en la réplica— que por momentos emerge claramente a la superficie, como por ejemplo cuando FERNÁNDEZ FIKS sostiene que "existe un lugar para el desacuerdo respecto de cuál es la respuesta jurídicamente adecuada en un caso concreto" (p. 340).

Si bien no hay nada de malo en sí mismo en combinar la letra de DWORKIN con el espíritu de WALDRON, no podemos olvidar que existe una diferencia fundamental entre DWORKIN y WALDRON —después de todo el primero es anti-positivista y el segundo positivista—. En efecto, el primero, si bien cree que la conexión entre derecho y política es necesaria, también cree que existe una respuesta jurídica *correcta* —incluso en cuestiones constitucionales— con independencia del sistema normativo y por eso es anti-positivista precisamente. El segundo, en cambio, aunque cree que el derecho también está conectado con la política o mejor dicho con las "circunstancias políticas", sostiene además que lo que importa en derecho no es tanto la corrección

[10] SCHMITT solía hacer hincapié en la diferencia que existe entre el razonamiento judicial y el constitucional. Ver ROSLER, "El constitucionalismo político de Carl Schmitt", en AA.VV., *Cuadernos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Hydra, 2011, pp. 45-51.

de la decisión sino dar con un *procedimiento* que facilite la acción colectiva, lo cual exige que tomemos la palabra de alguien *como si fuera* la correcta. En las propias palabras de WALDRON, "*no se puede determinar nada por medio de una decisión social, política o legal* cuando insistimos en que un conflicto esté gobernado por la respuesta correcta a una cuestión".[11] De ahí que la combinación entre DWORKIN y WALDRON sea bastante inestable.

Hablando de la respuesta correcta, tal como consta otra vez en la sección de la Tostadora omitida por FERNÁNDEZ FIKS, quienes se sienten cerca del *dworkinianismo* y lo invocan en contra del fallo Muiña, deberían tener especialmente en cuenta que para DWORKIN la interpretación jurídica correcta es siempre la liberal. Me permito citarme nuevamente: "si por alguna razón fuéramos dworkinianos, tendríamos que conceder que el interpretativismo tomaría partido por el garantismo, ya que es este último, merced a su naturaleza liberal, el que muestra al derecho en su mejor luz, tal como reza el credo dworkiniano. Habría que recordar, además, que según DWORKIN las garantías penales liberales consagran una asimetría normativa —o unilateralismo— entre aquellos contra quienes se pone en marcha el aparato punitivo del Estado y este último, a favor de los primeros: el acusado en un caso criminal tiene derecho a una decisión en su favor si es inocente, pero el Estado no tiene un derecho paralelo a una condena si es culpable".[12]

Otro problema de la réplica es la manera en que FERNÁNDEZ FIKS trata la idea de "desacuerdo". Por ejemplo, toma la existencia de una disidencia en un fallo de la Corte como evidencia de que la Tostadora está en dificultades. Sin embargo, que exista una disidencia es precisamente un hecho; no demuestra la existencia de un desacuerdo genuino con argumentos atendibles de ambas partes o que el interpretativismo tenga razón. De hecho, recordemos que el propio FERNÁNDEZ FIKS habla de "*admitir* divergencias en cuanto a su interpretación [del derecho]" (pp. 333-4, énfasis agregado), esto es, utiliza terminología normativa en relación al desacuerdo.

[11] WALDRON, "Legal and Political Philosophy", en COLEMAN/SHAPIRO/EINAR HIMMA (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 377. Es por eso que WALDRON insta a quienes les interesa la filosofía política y del derecho a pasar más tiempo en compañía de HOBBES o KANT, esto es, "filósofos que hicieron de la existencia del desacuerdo entre individuos sobre derechos y justicia algo fundamental para los problemas que sus teorías de la autoridad, procedimiento y obligación política estaban destinadas a resolver" (WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 3-4).

[12] ROSLER, *supra* nota 1, p. 95, con cita de DWORKIN, *supra* nota 9, p. 52 y pp. 142-143; y DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Avon, Duckworth, 1978, p. 100.

Alguien puede entrar a lugares en los que tiene la admisión prohibida, pero no por eso tenía derecho a hacerlo, precisamente.

Además, no pocos mencionaron el resultado de la votación en Muiña para utilizarlo en contra de su corrección, como si una votación 5 a 0 hubiera sido preferible. Sin embargo, en primer lugar, eso supone que la votación era sobre una cuestión constitucional o política como la hemos designado más arriba antes que sobre un caso penal en sentido estricto, y en segundo lugar una decisión no es correcta porque obtuvo muchos votos, sino que su corrección depende siempre de sus argumentos. Por supuesto, la decisión es jurídicamente válida por los votos que obtuvo, pero eso es una precisión por así decir "positivista" antes que "interpretativista", ya que el interpretativismo, recordemos, se preocupa fundamentalmente por la decisión correcta. Nótese que insistir con la existencia de un desacuerdo genuino debido a que los participantes son razonables y honestos es una falacia, ya que hasta los participantes razonables y honestos pueden tener razón o equivocarse, todo dependerá de sus argumentos.[13] Por lo demás, si el punto de FERNÁNDEZ FIKS fuera que la existencia de un desacuerdo razonable muestra que no existe una respuesta correcta sobre el fallo "Muiña", entonces tanto la Tostadora cuanto la réplica y esta dúplica no tendrían mayor sentido.

FERNÁNDEZ FIKS sí tiene mucha razón al sostener que la "zona gris" del desacuerdo (p. 340) es el hábitat natural del interpretativismo. Sin embargo, lo que resulta muy difícil de entender es cómo la zona gris y la consiguiente interpretación constituyen una tercera posición entre el garantismo y el punitivismo. En efecto, si se mantiene la zona gris, no hay una tercera posición, a menos que designemos como tercera posición el gris del desacuerdo y por lo tanto la falta de resolución del caso (blanco o negro, suponemos). Y si no se mantiene la zona gris es porque mediante la interpretación hemos llegado a la conclusión de que vamos a respetar (o no) la garantía. Si la vamos a respetar, somos garantistas. Si no la vamos a respetar, incurriremos en la posición contraria, a saber "punitivismo".

Nótese que incluso asumiendo que el punitivismo fuera la opción correcta, eso también sería letal para el interpretativismo, ya que a este respecto el garantismo y el punitivismo unen sus

[13] Por supuesto, un argumento razonable, salvo excepciones verdaderamente milagrosas, depende *genéticamente* de la razonabilidad de la persona que lo esgrime, o en todo caso del autor del argumento. Pero hasta el autor del argumento, al menos si se trata de un autor razonable, estará de acuerdo que la razonabilidad de un argumento además debe constar en el argumento en sí mismo.

fuerzas para sostener que no hay una tercera alternativa: dado que el interpretativismo, una vez que se saca la duda, colapsa en el reconocimiento o la violación de la garantía, la distinción entre garantismo y punitivismo está al borde de la tautología ya que es muy parecida a la distinción que existe entre aquellos que conocen al Gallo Claudio y aquellos que no lo conocen. Salta a la vista que la interpretación no es una tercera posición, sino un *método* que nos permite determinar si vamos a respetar o no las garantías penales.

En realidad, llama la atención que utilicemos al "punitivismo" como etiqueta penal ya que todo derecho penal es punitivista, en el sentido de que aplica un castigo. La cuestión es si el castigo en cuestión está sujeto a límites o condiciones, o no. En el primer caso el punitivismo será moderado (o condicional, lo cual suele ser entendido como "garantismo") o bien será extremo (o incondicional, lo cual suele ser entendido como "punitivismo" a secas). Por supuesto, el "punitivismo" a secas suele gozar de muy mala prensa y por eso algunos querrán evitar la etiqueta e invocar al "interpretativismo" como si eso preservara su neutralidad o su carácter de tercera posición. Pero, parafraseando a Julieta, una rosa, bajo cualquier otro nombre, sigue siendo una rosa, aunque tuviéramos que interpretarla para darnos cuenta de que lo es.[14]

Por si todavía hubiera dudas, pensemos en la comparación entre el derecho y el arte, y supongamos que existieran dudas acerca del significado de un cuadro o de la autoría de dicho cuadro. Sea para determinar el significado o la autoría del cuadro, es indispensable interpretarlo. Sin embargo, nadie cree que el interpretativismo es una alternativa más entre los significados o los autores, sino aquello que nos permite determinar cuál de todas las alternativas es.

O supongamos que desafortunadamente tenemos que ir al baño en un restaurante de Palermo. En dicho caso, es obvio que si deseamos respetar la convención de ir al baño que nos corresponde, debemos interpretar el jeroglífico que se suele encontrar en la puerta del baño, el cual se supone que representa cuál es el baño en cuestión. Es obvio que la interpretación nos permite conocer cuál es el baño en cuestión pero no es un baño en sí mismo, tal como lo podría comprobar cualquiera que deseara ir al baño en el interpretativismo.[15] De ahí que, otra vez,

[14] Véase SHAKESPEARE, *supra* nota 3, p. 1697.

[15] Si alguien objetara que para la hermenéutica en general y la gadameriana en particular, citada de hecho por DWORKIN en *Law's Empire*, la interpretación no es un método sino que es la verdad misma, una forma de vida, así y todo esta objeción no podría llevarnos muy lejos ya que la situación continuaría siendo la misma: la

incluso asumiendo que el punitivismo de lesa humanidad fuera preferible al garantismo, no por eso el interpretativismo es una tercera opción, sino que es una de las dos, aunque disfrazada bajo otro nombre.

II. ¿Moral o derecho?

El interpretativismo sostiene no solamente que el derecho es "una cuestión de interpretación" *siempre*, sino que además existe una respuesta correcta, la cual muestra al derecho en su mejor luz. Este parece ser el punto de la sección V de la réplica, la cual gira alrededor de la moralización del derecho ("Otra vez, moral y derecho").

En esta sección FERNÁNDEZ FIKS invoca a DWORKIN para indicar la existencia de una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Nótese que la conexión interpretativista no debe provenir de una invitación del derecho, lo cual puede ser fácilmente explicable por cualquier positivista con tan solamente indicar el contenido de no pocas normas jurídicas, sino que la moral se debe colar a la fiesta del derecho a pesar de que el positivismo hubiera blindado las puertas, sellado las ventanas, etc.

Ahora bien, aunque en la sección IV FERNÁNDEZ FIKS en realidad se sentía más cerca de POSNER, para quien, tal como hemos visto, hay que interpretar el derecho a veces, no siempre, en la sección V FERNÁNDEZ FIKS sostiene que "El concepto de derecho solo puede [...] ser entendido como un concepto interpretativo" (p. 338), y abraza de este modo la causa interpretativista sin restricciones. Otra vez, visto en su mejor luz, el interpretativismo de FERNÁNDEZ FIKS parece ser selectivo o sectorial, para ser más precisos.

Sea como fuera, FERNÁNDEZ FIKS no da argumentos capaces de mostrar la superioridad del interpretativismo, a tal punto que así como en la sección anterior hemos visto que utiliza un imperativo para exigir a sus lectores que sustituyan el dudoso ejemplo constitucional que él menciona por el artículo 2 del Código Penal, ahora pide la complicidad del lector para que la moralización del derecho que él pretende tenga éxito: "*asumamos* que la encrucijada [...] plantea un problema moral" (p. 336, énfasis agregado); "*si* tratamos la pregunta como una pregunta moral" (p. 337, énfasis agregado). Hay un viejo refrán *yiddish* que reza: "si mi abuela hubiera

interpretación no sería un método pero así y todo es lo que nos permite establecer cuál es la verdad, o en todo caso no sería una tercera posición sino la única manera de establecer la verdad.

tenido testículos, habría sido mi abuelo". Quizás hoy suene un poco desactualizado, pero el punto es el mismo. Dado que FERNÁNDEZ FIKS en esta sección está tratando de defender la moralización del derecho, no puede darse el lujo de ubicarla precisamente como condición de aquello que él está tratando de defender.

Es una obvia petición de principios que quizás se deba a que hoy en día la popularidad de la obra de DWORKIN es tal que se la puede citar como si fuera la Biblia, como si viviéramos bajo la égida del *Digesto* de Justiniano y la obra de DWORKIN se hubiera convertido en parte del derecho vigente —incluso del derecho penal—, o como si el derecho vigente hubiera sido reemplazado por la filosofía del derecho.[16] En efecto, no pocos hablan de la "mejor luz", por ejemplo, en la cual debemos leer, por ejemplo, el artículo 2 del Código Penal, como si la luz fuera parte de dicho código. Es hora entonces de recordar que, como muy bien decía HOBBES, "las doctrinas pueden ser verdaderas, pero la autoridad, no la verdad, hace la ley".[17]

La moralización del derecho vigente es especialmente preocupante ya que incluso la reacción por parte de los propios juristas frente al fallo Muiña ha sido fundamentalmente política o moral, haciendo apelaciones a la comunidad, al pueblo, la calle, las encuestas, las emociones, la atrocidad de los delitos, etc., antes que al derecho vigente en sí mismo. Sin embargo, contamos con un sistema jurídico institucional precisamente porque se supone que una vez que las sociedades han dejado de dedicarse a la caza y a la recolección, no pueden resolver sus conflictos sociales sin ayuda del derecho y sus instituciones autoritativas. Precisamente, es por eso que estas instituciones autoritativas no recurren al razonamiento moral, al menos no directamente, para resolver los conflictos, entre otras cosas debido a que en tal caso o bien el derecho se volvería redundante, o bien sería imposible poder determinarlo ya que para poder identificar el derecho vigente y resolver el conflicto deberíamos apelar a aquello que provoca el conflicto en primer lugar.

De ahí que el papel de los jueces particularmente bajo un Estado de derecho democrático, papel mencionado de hecho por FERNÁNDEZ FIKS sea el de aplicar las leyes sancionadas por el Congreso, en cumplimiento por supuesto de la Constitución Nacional, sin que importen las

[16] Ciertamente, en la Tostadora yo mismo he hecho uso y abuso de la cita de autores, pero para ilustrar las posiciones, garantismo y punitivismo, *de lege ferenda* precisamente.
[17] HOBBES, *Leviathan. 2. The English and the Latin Texts (i)*, (ed. Noel Malcolm), Oxford, Oxford University Press, 2012 p. 431.

creencias de los jueces (o del resto de la sociedad para el caso) acerca del mérito de dichas leyes. Por supuesto, en el fondo es por razones morales que los jueces aplican las leyes democráticas y si una ley es moralmente atroz, en tal caso los jueces tienen razones morales para desobedecer el derecho, pero no tiene sentido que, "interpretación" mediante, digamos que en tal caso los jueces están reconociendo la autoridad del derecho.

FERNÁNDEZ FIKS también hace referencia a un "análisis, *niniano* en esencia, acerca de qué interpretación de la norma resultaba la más razonable" (p. 340), en relación con el artículo 2 del Código Penal. Sin embargo, FERNÁNDEZ FIKS no cita párrafo alguno de NINO para sostener que según NINO la validez de una norma jurídica depende de su razonabilidad, como si el derecho nazi —que asumo no era razonable— no hubiera sido derecho. En rigor de verdad, no sería fácil encontrar texto alguno de NINO que abonara semejante tesis, ya que NINO fue positivista toda su vida. Y si existiera semejante documento que probara esta supuesta lectura "niniana", tendría las mismas dificultades que el interpretativismo en general y en particular en relación con este caso.

Por lo demás, aunque estuviéramos dispuestos a aceptar que la razonabilidad fuera la respuesta, así y todo la pregunta que deberíamos formularnos inevitablemente otra vez es si la razonabilidad está del lado del garantismo o del punitivismo; otra vez, la razonabilidad no es una tercera alternativa sino una manera de elegir entre las dos opciones. Otro tanto se puede decir del "republicanismo" al que se refiere FERNÁNDEZ FIKS. En muy breves palabras, el republicanismo es liberal o moderno y por ende garantista, o clásico y por ende punitivista.[18]

El último intento de FERNÁNDEZ FIKS en aras de la moralización del derecho toma como punto de partida una cita de GARGARELLA que contiene propuestas tales como el "literalismo bobo" y "el test de la mirada". A primera vista, el "literalismo bobo" invocado por FERNÁNDEZ FIKS parecería tener su hábitat natural en la sección IV sobre la interpretación antes que en la V sobre la moral, pero tal vez FERNÁNDEZ FIKS tenga razón en traerlo a colación en la sección V ya que la lectura boba va acompañada por la noción de una "sociedad decente". En efecto, el "literalismo bobo" es el que entiende literalmente, por supuesto, el texto del artículo 2 del Código Penal, pero el punto de este argumento es que solamente podríamos leer literalmente el artículo 2 del Código

[18] ROSLER, *supra* nota 1, pp. 82-85 y 87-89. Para mayor abundamiento, ver ROSLER, *Razones Públicas. Seis conceptos básicos sobre la república*, Buenos Aires, Katz, 2016, cap. VI.

Penal en una "sociedad decente". En cambio, en sociedades indecentes no hay otra alternativa que apartarse de su letra.

Una primera pregunta que surge es por qué una sociedad decente tendría necesidad de un código penal en absoluto, o en todo caso de cuánta decencia o indecencia tendríamos que hablar para que hiciera falta dicho código penal. Nótese que si la respuesta fuera que la existencia misma del código penal indica la decencia de la sociedad, entonces no tendría sentido poner en duda las indicaciones de dicho código penal, en este caso en particular, su artículo 2. Una segunda pregunta es de dónde sale el requisito de supeditar el derecho vigente a la decencia de la sociedad. ¿Existe acaso alguna norma del Código Penal, o del derecho argentino en general, que subordine sus disposiciones a la decencia de la sociedad? Por supuesto, parafraseando a FERNÁNDEZ FIKS, *si* asumiéramos que la cuestión es un problema moral, entonces habría que invocar el razonamiento moral. Además, *si* el problema fuera moral, el derecho dejaría de tener autoridad, tal como hemos visto repetidas veces más arriba, para transformarse en una ocasión para dar con la respuesta correcta.

Por otro lado, aunque empezáramos a moralizar el derecho —en este caso penal— mediante principios que no se encuentran en el derecho vigente precisamente porque son morales, correríamos entonces el riesgo de que el día de mañana, por ejemplo, asumiendo que finalmente hubiera quedado despenalizado el aborto, un juez anti-abortista en nombre de la razonabilidad, la moral, la mejor luz o lo que fuera, podría seguir castigándolo como si estuviera prohibido. Es por eso que conviene tener las cuentas claras y que el Código Penal hable por sí mismo, e interpretarlo solamente cuando es necesario.

De hecho, no han faltado jueces anti-abortistas que adujeron *more hermenéutico* que para que el aborto no sea punible en el caso del artículo 85 del Código Penal, la mujer en cuestión debía ser violada y a la vez "idiota o demente", como si se tratara de aquel episodio de Porky en el que el Pato Lucas le vende una póliza de seguros contra accidentes domésticos con condiciones casi imposibles de cumplir.[19] Por alguna razón, hoy en día el interpretativismo suele ser acompañado por el progresismo, pero no hay nada que impida, ni lo ha impedido en el pasado, que el

[19] El fallo "F., A. L." de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina fue en gran medida una respuesta al interpretativismo. Sobre el episodio de Porky, ver https://youtu.be/23k6_BUd2-8 [enlace verificado el 15 de mayo de 2017].

interpretativismo juegue para el equipo contrario. Las alternativas, entonces, siguen siendo las mismas: garantismo o punitivismo.

Consideraciones muy similares se aplican al "test de la mirada" invocado por FERNÁNDEZ FIKS. En este caso, las garantías penales quedan supeditadas a que aquel contra quien se ha puesto en marcha el aparato punitivo del Estado pueda ver a los ojos al resto de la sociedad. Suponemos que se trata de una metáfora que expresa la idea de que el acusado o condenado pueda convencer al resto de la sociedad en el sentido de que *merece* dichas garantías.

Otra vez, surgen varias preguntas. En primer lugar, surge la otrora natural curiosidad de preguntar, nuevamente, cuál es la disposición jurídica que incluye la mirada como parte del sistema jurídico vigente, en especial en relación con el reconocimiento de garantías penales. En segundo lugar, ¿se trata de mirar o convencer a toda la sociedad adulta (supongo), en nuestro caso, varios millones de personas? ¿A un número significativo? En todo caso, semejante moralización podría tener sentido si nos apartáramos del derecho vigente y además viviéramos entre grupos pequeños de personas cuya homogeneidad ideológica y cultural fuera tal que podrían quedar satisfechos de los merecimientos de una persona, en otras palabras, estaríamos suponiendo, nuevamente, la existencia de algo así como grupos de cazadores-recolectores, que no cuentan entre sus miembros más de cien o ciento veinte personas. Nuevamente, huelga decir que una vez que los seres humanos adoptaron la agricultura, para no decir nada de la industria o las sociedades actuales cuya vida todavía gira alrededor de los combustibles fósiles, se vieron forzados por razones morales a adoptar sistemas institucionales con autoridad precisamente para no emplear el razonamiento moral inmediatamente.

De ahí que la idea de FERNÁNDEZ FIKS en el sentido de que "nos encontramos con un planteo que nos propone una lectura de la norma apoyada en criterios de justicia procedimental y valores comunitarios consistentes con el liberalismo político y el garantismo penal" (p. 341) no solamente es una expresión de deseos, sino que estos deseos no entienden lo que es el liberalismo político ni el garantismo penal, y peor aún, parafraseando a *Macbeth*,[20] viste al punitivismo otra vez con ropas prestadas del garantismo, todo gracias a una "interpretación". En efecto, todo liberal siente por supuesto apego por la justicia procedimental, pero también cree que en lo que atañe al derecho

[20] SHAKESPEARE, *supra* nota 3, p. 1868.

penal toda apelación a los valores comunitarios es en el fondo redundante ya que están contenidos en el garantismo, o bien es contraproducente por sus obvias connotaciones punitivistas.

FERNÁNDEZ FIKS así y todo cree que la moralización que él propone no vislumbra "un supuesto deber irrenunciable de castigar, ni desplazamientos del principio de legalidad, ni imperativos categóricos de sancionar penalmente" (p. 341). La única razón por la cual FERNÁNDEZ FIKS puede creer algo semejante es que ignora el hecho de que así como hay un antes y un después de los impuestos, también hay un antes y un después de interpretar o moralizar. En efecto, FERNÁNDEZ FIKS solamente tiene en cuenta lo que sucede *antes* de "interpretar" o mejor dicho moralizar el derecho vigente. Pero quien se formulara las mismas preguntas *después* de la moralización no podría creer lo mismo. *Luego* de la interpretación moralizadora sí que emergerían el deber irrenunciable de castigar o el desplazamiento del principio de legalidad.

Dicho sea de paso, me veo forzado a repetir que el núcleo de mi respuesta antecede otra vez a la existencia de la réplica misma:

"Supongamos ahora [...] que alguien sostuviera que incluso en el caso de la ley 27362 las garantías penales no se verían afectadas, ya que la irretroactividad de la ley penal alcanza al texto de la ley penal pero no a su interpretación, de tal forma que no hay retroactividad porque aunque la interpretación sea de hoy, el texto al que se refiere la interpretación se mantiene en el pasado. Según este hipotético argumento entonces alguien podría sostener, por ejemplo, que los derechos de propiedad son derechos adquiridos y que dichos derechos están sujetos a interpretación, sin que la interpretación afecte el derecho de propiedad. Tendríamos entonces un derecho adquirido a X, X estaría sujeto a interpretación, debido a la interpretación podríamos perder X, pero sin que nuestros derechos adquiridos sobre X hayan sido afectados. No hay que ser un *rocket scientist* para darse cuenta de que se trata de un escenario ideal para un sketch de Monty Python. Por supuesto, están previstos casos en los cuales se puede sancionar una ley de expropiación. Pero se supone que son casos excepcionales, justificados por utilidad pública, en los cuales los perjudicados se ven compensados de alguna manera y, para no dar ideas, semejantes consideraciones no suelen ser invocadas en relación con casos penales (no en países 'civilizados', al menos por ahora)".[21]

[21] ROSLER, *supra* nota 1, pp. 95-96.

Supongo que FERNÁNDEZ FIKS podría insistir en que puede haber casos como el del artículo 2 del Código Penal, en los que no se entiende si existe o no la garantía, ya que antes de la interpretación precisamente no sabemos cuál es el contenido de la norma vigente y por lo tanto no sabemos si debemos aplicar la garantía o castigar. Sin embargo, otra vez, para eso FERNÁNDEZ FIKS debería mostrar cuál es la duda acerca del contenido del artículo 2 del Código Penal, sin re-escribir el artículo mediante una moralización. Dicho sea de paso, dado que, hasta donde yo sé, a nadie se le ocurrió cambiar el artículo 2 del Código Penal de 1921, sino que lo que efectivamente sucedió fue que la ley del 2 x 1 de 1994 fue modificada retroactivamente, podemos presumir que la indeterminación del derecho no se encuentra en 1921 sino en 1994.

Ciertamente, volviendo a la comparación con el arte, la moralización no solamente afecta al derecho. En una reciente versión en Italia de la ópera "Carmen" la protagonista no muere en la obra y sin embargo no pocos se refieren a dicha versión como si se tratara de la misma obra y no de otra diferente. Por otro lado, no es la primera vez que sucede algo semejante. Pensemos si no en el caso de *King Lear* de SHAKESPEARE, que a fines del siglo XVII había perdido popularidad debido a que su trama adolecía de la caída de la monarquía y la falta de una historia de amor. Entonces Nahum Tate *re-escribió* la obra para ajustarla al paladar contemporáneo.[22] No solamente cambió el lenguaje de la obra sino que cambió la estructura y la trama de la obra, hasta introdujo un personaje nuevo y eliminó al Tonto o Bufón. Incluso restauró el final feliz de la leyenda de Lear en la que se había inspirado SHAKESPEARE, haciendo que Cordelia no solamente sobreviviera sino que se enamorara de Edgar y encima hizo que se casaran, lo cual nos hace dudar de si lo que Tate tenía en mente era un final feliz después de todo.

El punto es que para poder decir, v. g., que el significado del artículo 2 del Código Penal es muy bobo o que *King Lear* es demasiado triste, *primero* precisamente tenemos que entenderlos, por lo cual no tiene sentido hablar de una "interpretación" posterior a la comprensión. En realidad, dicha "interpretación" modifica una obra en aras de la justicia (más o menos poética), con lo cual ya no se trata de buscar el significado de una obra sino de escribir una nueva. Por supuesto, irónicamente a SHAKESPEARE le hicieron lo mismo que él le había hecho a la leyenda original de *King Lear*. Pero nadie cree que al hablar de la leyenda, la obra de SHAKESPEARE y la re-escritura de

[22] Ver HALIO, "Introduction", en SHAKESPEARE, *The Tragedy of King Lear*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, p. 36.

Tate estamos hablando de lo mismo. ¿Por qué sería diferente en el caso del derecho, particularmente teniendo en cuenta su pretensión de autoridad?

Por si todas las consideraciones anteriores no hubieran sido suficientes, asumamos ahora que por alguna extraña razón nos hemos convencido finalmente de las bondades de evitar la lectura boba del Código Penal y del atractivo del test de la mirada administrado con decencia, a tal punto que luego de una ardua campaña, debates en televisión, solicitadas en los diarios movilizaciones sociales, etc., hemos logrado que el Congreso reforme el Código Penal de tal forma que en un eventual artículo 2 bis se lea lo siguiente: "queda prohibido leer como bobos todos los artículos de este Código y todas las garantías penales quedan supeditadas a que la persona imputada, acusada o condenada haya aprobado el test de la mirada administrado por una sociedad decente". De este modo, al menos, la lectura boba y el test de la mirada dejarían de ser aspiraciones o derecho deseado por así decir, para transformarse finalmente en derecho vigente.

Una de las preguntas que surgen naturalmente en tal caso es qué pasaría si algún positivista, también persuadido de las ventajas del interpretativismo, alegara una vez convertido que no podemos leer como bobos este artículo 2 bis, sino que habría que efectivamente interpretarlo, entenderlo en su mejor luz, apelar al razonamiento moral, etc. Los interpretativistas deberían ser los primeros en reconocer que el converso tendría toda la razón ya que para el interpretativismo la interpretación del derecho es inevitable. Pero, si por alguna razón, los otrora interpretativistas empezaran a negar la necesidad de interpretar y de moralizar el derecho justo cuando el Código Penal recoge lo que ellos pregonaban cuando el derecho vigente era diferente, entonces no pocos sospecharían que los interpretativistas pueden ser tan conversos como nuestro advenedizo. En otras palabras, cabría la sospecha de que algunos son interpretativistas de hoy y positivistas del mañana, defensores de la interpretación o de la autoridad según les convenga, o viceversa, por supuesto. En otras palabras, como muy bien dice LEGENDRE, habremos convertido al derecho en un "auto-servicio normativo".[23] Nos servimos del derecho para lo que nos parece bien, sin tener obligación alguna de comprar nada.

Otra pregunta que podríamos formularnos para someter a prueba el atractivo del interpretativismo es qué pasaría si el aparato punitivo del Estado fuera puesto en marcha en contra

[23] Ver LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard, 1999, pp. 120 y 235.

de nosotros mismos.[24] ¿Desearíamos que operara de modo interpretativista? ¿Optaríamos por el test de la mirada administrado con decencia, es decir, pediríamos que nos juzgaran según el razonamiento moral (tal como reza nuestro eventual artículo 2 bis del Código Penal) o invocaríamos el artículo 2 del Código Penal en su redacción actual? Como se puede apreciar, hay razones para sospechar que el interpretativismo o bien no puede evitar una regresión al infinito, o bien interrumpe la regresión justo cuando da con la respuesta que considera correcta.

En conclusión, la réplica de FERNÁNDEZ FIKS no solamente oscila entre la letra de DWORKIN y el espíritu de WALDRON, sino que —y esto es lo más importante por supuesto— no ofrece argumentos capaces de mostrar que el interpretativismo merece tener un lugar junto al garantismo y al positivismo en un eventual museo histórico-conceptual de escuelas penales. Las alternativas siguen siendo las mismas: *nullum crimen sine lege* o *nullum crimen sine poena*, por lo cual la conclusión es que, al menos en este caso, *hay dos sin tres*. En realidad, incluso si el interpretativismo tuviera razón en tanto que filosofía del derecho —"*a big if*", como se suele decir en inglés—, eso tampoco haría que se convirtiera en una alternativa al respecto, ya que la interpretación inexorablemente también nos conduce a tomar una decisión entre reconocer las garantías penales o violarlas. La interpretación (más o menos moralizadora) es un camino, un *método* o *méthodos*, tal como reza la palabra griega original, jamás una verdadera alternativa. Es por eso que no tiene sentido decir que la ruta 2 es una alternativa a Mar del Plata o a Buenos Aires para el caso, salvo que nos interesara quedarnos en el camino.

[24] Esta es una pregunta que PASTOR se ha formulado tantas veces que no tiene sentido siquiera citarlo. La conducta de SCHMITT es bastante reveladora de cómo algunos cambian de opinión cuando son perseguidos penalmente. Ver ROSLER, *supra* nota 1, p. 97.

Entrevistas

ENTREVISTA EN LETRA DERECHO PENAL AL PROF. DR. RICARDO ROBLES PLANAS (UNIVERSITAT POMPEU FABRA)

¿Cómo describiría su relación con Argentina? En particular, ¿cuáles fueron sus primeras experiencias aquí y cómo es actualmente su vinculación con el país?

Yo diría que mi relación con Argentina viene de lejos y es una relación especialmente intensa y cariñosa, por varias razones que resumo enseguida. En primer lugar, porque mi maestro, el profesor Silva Sánchez, desde hace ya muchos años, tiene una intensa relación científica con muchos países de Latinoamérica y, en particular, con Argentina. Por ello, ha generado una serie de discípulos argentinos que han ido a estudiar a la Universitat Pompeu Fabra y, luego, han regresado y aquí han desarrollado su actividad académica. Esto ha provocado que yo, desde el principio (desde mis inicios prácticamente), tuviera contacto con doctorandos argentinos que iban a la Universitat Pompeu Fabra a trabajar su tesis doctoral y, obviamente, eso generaba una comunicación con ellos, un espacio de debate, de discusión y también de amistad. En definitiva, se iban forjando relaciones personales entre todos los profesores que estábamos ahí. El resultado de eso es que muchos de aquellos doctorandos que vinieron a partir del año 2000, más o menos, hoy ya son doctores y tienen incluso su propia escuela o sus propios grupos de investigación, su reputación, sus trabajos en diversas instituciones importantes —en la fiscalía, en la magistratura, etc.—. Estoy pensando, por ejemplo, en Omar Palermo, que está en Mendoza, en Carlos González Guerra, que está en la Universidad Austral y en Eduardo Riggi, que trabaja en la fiscalía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. ¡Pero hay tantos otros!

En segundo lugar, la primera vez que estuve en la Argentina fue en el año 2003, invitado de la mano de Enrique García Vitor, ya fallecido, a hacer una ruta por los magísteres del interior —así les llamaban—. Recuerdo además que aquel año viajé con mi mujer, que también es profesora de derecho penal (Carolina Bolea) e hicimos todo el recorrido: Buenos Aires, Córdoba, Mendoza, Santa Fe, Paraná, Jujuy y otra vez Buenos Aires. Dimos clases en todos los másteres o cursos de

capacitación que coordinaba García Vitor. Fue muy interesante y ahí pude ver el gran interés por el derecho penal incluso de personas que no estaban vinculadas a la academia. Y pude comprobar la buena acogida que tenían los planteamientos que llegaban de España y que eran muy normativistas. Les hablaba de los planteos de Jakobs, que eran superadores de las lógicas causalistas y finalistas, que en aquel momento todavía aquí tenían mucho peso. Recuerdo que les hablaba mucho de conductas neutrales. Ahora todos estamos familiarizados con la discusión, pero en aquel momento era diferente. Imagínese lo que podía pensar un fiscal del joven profesor español que venía aquí y decía que aunque alguien sepa que está participando de un delito, de todos modos realiza una conducta impune porque es neutral. Todos me decían todos: "¡Pero si tiene dolo!". En fin, no era tan sencillo aplicar el filtro de la imputación objetiva, como lo es ahora.

Poco a poco se fueron forjando unos lazos profundos, personales y científicos que iban a ser duraderos en el tiempo y eso se ha confirmado: con colegas como Marcelo Sancinetti, Daniel Pastor, Fernando Córdoba, Gabriel Pérez Barberá, Carlos Lascano, Guillermo Yacobucci, Alejandro Freeland, Mario Villar, Ricardo Álvarez, Jorge García, Juan Pablo Montiel… ¡No quisiera olvidarme de ninguno! A mí me enriquece muchísimo, cada vez que viene alguno de ustedes a Barcelona y pasa por la Universitat Pompeu Fabra a dar un seminario, a discutir su último artículo o sus últimas tesis y eso es algo que afortunadamente hacemos con relativa frecuencia. Quienes van a estudiar a Europa suelen tener una parada en la Universitat Pompeu Fabra. El propio Marcelo Lerman nos impartió un seminario hace un par de años sobre su tesis doctoral y recuerdo que fue muy interesante y muy discutido. Ese flujo, esa ida y vuelta, me parecen magníficos.

¿Cómo fue su iniciación en el derecho penal? ¿Cuál fue su primer contacto con la materia y como terminó eligiéndola como objeto de estudio?

No sé si esto lo he dicho en público alguna vez. En *petit* comité sí, pero en público, creo que no. Mi primer contacto con el derecho penal fue en el segundo año de la carrera. Fue el primer día de clase de "Derecho penal: parte general", en la Universitat Pompeu Fabra, donde yo estudié. Yo había comenzado allí Derecho, sin un gran convencimiento, porque mi vocación como joven estudiante tendía más a la parte más humanista que al Derecho —a la filosofía, a la historia, incluso a la literatura—. No había tenido ningún contacto con el Derecho como estudiante en el instituto y, sin embargo, por consejo de algún buen profesor y algún empujón de mi padre, decidí estudiar Derecho en esa nueva universidad porque tenía mucho prestigio y solamente entraban

alumnos con una nota muy alta. En fin, me incliné por esa opción. Y cursé el primer año de Derecho y lo cierto es que no acabé de encontrarme a gusto. Pero, como les digo, llegó el segundo año y la asignatura de derecho penal, respecto de la cual tampoco tenía ningún tipo de noción previa. Y, entonces, entró por la puerta el profesor.

El profesor, un señor bajito, joven, peinado hacia atrás con gomina en el pelo, subió al estrado y empezó a hablar. Se presentó: "Soy Jesús Silva, catedrático de derecho penal de esta universidad —entonces, era recién catedrático, estamos hablando de 1992— y les voy a enseñar 'Derecho penal: parte general' y, en particular, la teoría del delito". Y, bueno, empezó a hablar de la teoría del delito. A los pocos minutos, a los cinco o diez, yo ya supe que esa era mi vocación y me lo expresé a mí mismo de un modo personalista. Quizás un tanto fuerte, pero fue lo que pensé: "Yo quiero ser como él, ¿qué tengo que hacer para ser como este profesor?". Evidentemente quedé entusiasmado con sus clases, que cada día me gustaban más y más, hasta el punto de que me compraba todos los libros de derecho penal que mis pocos caudales me permitían, los leía por mi cuenta y, hacia el final del curso, me atreví a pedirle una cita, una entrevista. Allí pude expresarle mi deseo de dedicarme al derecho penal en la universidad, desde un punto de vista académico, científico. Él me dijo que le parecía muy bien, pero lo que primero tenía que hacer era terminar de estudiar. Claro, yo estaba recién en segundo año y eran cuatro. Me aconsejó que estudiara derecho penal económico —que era una asignatura optativa— y que tratara de hacerlo lo mejor posible para demostrar que realmente estaba interesado y que podía empezar el camino de una tesis doctoral. Y que, por supuesto, cuando acabara derecho penal económico, volviera a reunirme con él y veríamos cómo encararíamos el futuro. Bueno, eso hice.

Esas pulsiones vocacionales profundas se mantuvieron. Me presenté al examen oral de derecho penal económico —en España no es habitual esto— y traté de hacerlo lo mejor posible. Me fue muy bien y, al ver que yo perseveraba, el profesor Silva me acogió, no sin antes advertirme que lo primero que tenía que hacer era aprender alemán. "Ningún problema, aprendo alemán", pensé. Me anoté a los cursos de alemán y, bueno, eso de "ningún problema", no es tan así, porque el alemán es un idioma endiablado que cuesta mucho y yo no tengo facilidad para los idiomas. Y sufrí mucho, pero pienso que eso fue también una especie rito iniciático, para probar que mi vocación era inquebrantable.

A los pocos meses ya estaba contratado por el Dr. Silva como profesor ayudante de su cátedra, impartiendo docencia a los chicos que venían detrás de mí, que eran casi como yo. En fin, nos pusimos manos a la obra, a escoger un tema de tesis. Y sobre todo, a recibir sus enseñanzas: a

participar en los seminarios, a escuchar muy atentamente su manera de comprender el derecho penal, de pensar el derecho penal, de reflexionar siempre con un punto de vista crítico, pero también constructivo. Con él descubrí la dogmática penal y empecé a amarla por transmisión directa de ese amor. Y, pronto, me vi ya en el camino, siguiendo su ejemplo, sus pasos.

Todo esto se enmarca también en una escuela más amplia: la del Prof. Santiago Mir Puig, catedrático de derecho penal de la Universidad de Barcelona y maestro del Prof. Silva. Con Santiago Mir Puig hice los cursos del doctorado, porque en aquel entonces en la Universitat Pompeu Fabra no existía la infraestructura del doctorado y teníamos que ir a hacerlo a la Universidad de Barcelona. Cursé con él y también aprendí muchísimo. Recibí una influencia decisiva, pues, de mi abuelo académico, el maestro de mi maestro, a través del estudio profundo de su manual y de su forma de entender la dogmática, que era muy similar a la del Prof. Silva. Ahí fui consciente, además, de que me hallaba en una escuela y, por tanto, en un recorrido, en una sucesión histórica de pensadores, de penalistas muy importantes que tenían un hilo conductor, un hilo común, en el cual yo me sentía claramente muy cómodo y muy identificado. Estos fueron los inicios.

A partir de ahí, comenzaron mis viajes a Alemania, particularmente a Freiburg. Allí, de nuevo, encontré confirmación de mis impresiones, de mis intuiciones: conocí al gran maestro Frisch, quien tenía una manera de entender el Derecho penal y la dogmática que me resultaba muy familiar, próxima a los postulados de la teoría de las normas de Jesús Silva y del propio Santiago Mir. Esa dogmática distintiva, preocupada por los fundamentos, por la legitimación de cada paso. Una forma de pensar que se aleja de los grandes discursos monistas o basados en un único pilar o idea y que apunta a algo mucho más quirúrgico, distintivo y reflexivo, donde cada paso hay que fundamentarlo muy bien y hay que estar muy seguro. Es una dogmática, además, de una *cierta* orientación filosófica, pero no de una orientación filosófica *absoluta*: hay que tener una mirada atenta a la filosofía, pero no derivar la dogmática directamente de Hegel o de Kant, sino que hay que pasarlo por el tamiz de la reflexión específicamente jurídico-penal, como instancia de pensamiento propio, autónomo e independiente, que procesa los *inputs* que recibe de fuera y los transforma en su propio lenguaje. Eso también lo vi confirmado con Frisch y después lo percibí con la mayor claridad en uno de los grandes penalistas que más me han influido: Karl Binding. En Freiburg estuve dos años trabajando en mi tesis doctoral y entablé una relación personal muy fuerte con Frisch. Luego regresé a Barcelona, defendí mi tesis con éxito en el 2001 y comencé a trabajar codo con codo con el Prof. Silva. Y allí estamos, trabajando con esfuerzo y pasión en nuestra ciencia y tratando de mejorarla cada día. Afortunadamente hoy contamos en el área de

derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra con jóvenes penalistas con gran talento y vocación que van confirmando la continuidad de esta forma de entender la dedicación al Derecho penal, en definitiva, la continuidad de la tradición.

¿Cuál es su opinión respecto de la enseñanza del derecho penal en España y en Alemania actualmente?

No es una pregunta fácil de responder, porque existen importantes similitudes pero también diferencias. Por regla general, el derecho penal en España se enseña de una forma esencialmente clásica, es decir, se imparten lecciones que podríamos llamar magistrales, sobre la base de algún manual que en todo caso explique o desarrolle la teoría del delito y, a partir de ahí, se hacen clases prácticas, en seminarios, donde fundamentalmente se ven casos. Los chicos aprenden a resolverlos, de cara a aprobar el examen final, que prácticamente en todas las universidades consiste en una parte teórica —que puede ser más de desarrollo o más tipo test— y una parte práctica —que es la resolución de un caso—.

A partir de ahí, existen diferencias en cada universidad, en función de cada profesor. Yo, por ejemplo, sigo un método que ahora se ha puesto de moda en las universidades americanas, pero que ya hace muchos años que llevo desarrollando, que se llama la "clase inversa", que consiste en que los alumnos me dan la clase a mí —no yo a ellos—. Ellos vienen con la lección preparada el día que toca… Y empiezan a hablar. Les pregunto "Usted, cuénteme", "Usted, continúe". Y van contando la lección según lo que ellos han estudiado. ¿Yo qué hago? En ese momento soy un simple corrector, revisor, de los errores que van cometiendo, o aclaro aquello que no se ha entendido. Con esto, más o menos, consumo media clase. La otra media clase es la mejor, porque es cuando ya me siento liberado: los chicos ya conocen el tema, se aclararon las dudas y ahora puedo arremangarme y profundizar. Ahí puedo explayarme en todo lo que voy pensando, que obviamente implica añadir complejidad a lo que los alumnos han estudiado en el manual. Eso genera un aprendizaje muy interesante, porque los alumnos vienen a clase relativamente motivados, entre otras cosas por razones de prevención general negativa —porque me lo tienen que explicar a mí o si no les pongo una mala nota en mi lista—, pero a su vez cuando vemos que todo funciona, nos relajamos todos. Es decir, les digo "ahora tranquilícense que empieza el show" y les hablo de nuevas teorías, de críticas a lo que puede decir el manual correspondiente o presento casos rarísimos o complicados donde tienen que estrujarse el cerebro para resolverlos.

Los resultados de las evaluaciones docentes, que esto es algo muy importante al menos en España, son buenísimos y no me puedo quejar. Parece que el sistema gusta. Evidentemente en España todo se orienta al examen final. En Alemania las cosas son un poco distintas. No porque la clase magistral no se dé, ya que también se da de la forma que cada profesor crea conveniente. No porque no hayan clases prácticas, ya que también las hay también en Alemania y muy buenas, muy ricas. Pero sí es cierto que en Alemania todo se planifica a partir del famoso examen de Estado final. De tal manera que la enseñanza del Derecho penal se ve un poco "perturbada", o un poco condicionada, por la necesidad de preparar al alumno para aprobar o sacar buena nota en el famoso examen de Estado. De esa manera, las clases magistrales, y sobre todo las clases prácticas, son clases que consisten en adquirir la técnica de resolución del examen de Estado. Esto no es ni bueno ni malo. Yo pienso que tiene también sus virtudes, porque los estudiantes alemanes aprenden muy bien la técnica de resolución de casos prácticos. Quizá si tuviera que mencionar algún defecto diría que están excesivamente obsesionados por aplicar la "plantilla" a la resolución del caso que les toque y no tanto en tener una reflexión crítica sobre esa plantilla, es decir, efectuar consideraciones un poco más profundas en torno a las corrientes científicas o doctrinales que sostienen un punto de vista u otro. Por tanto, tienen la posibilidad de ser un poco más acríticos y orientarse a acoger el instrumental que un jurista debe tener. Pero eso es una crítica menor, porque después del examen de Estado, quienes realmente tienen vocación académica continúan con sus tesis doctorales y su formación es extremadamente profunda, como lo demuestran los maravillosos resultados que sigue dando la ciencia jurídico-penal alemana, que es terriblemente creativa y prolífica. Por lo tanto, no estoy criticando ni mucho menos el sistema de enseñanza alemán. Al revés, a veces pienso que quizá nosotros, y quizá en todo el mundo latino, tendríamos que poder dar instrumentos más sólidos, más estrictos, más rígidos, a los estudiantes, para que interiorizaran la técnica de resolución de casos prácticos. Esto debería ser el primer paso, y después, más adelante, complementar el estudio con lecturas y clases de otro tipo, para lograr que se pregunte por los fundamentos de la técnica de resolución de casos prácticos, es decir, de la teoría del delito. Esa es, en pocas palabras, mi visión.

¿Qué libros consideraría que un joven penalista no debe dejar de leer?

Es una de las preguntas más difíciles, dado que es muy comprometida. Yo creo que un joven penalista tiene que leer las obras fundamentales de la disciplina. ¿Cuáles son las obras fundamentales de la disciplina? Ahí podemos tener alguna discrepancia entre los propios penalistas, pero creo que las obras fundamentales, hoy en día, pasan por, en general, los grandes tratados, los grandes manuales —españoles, latinoamericanos y alemanes—. De los alemanes,

pues, no me cabe duda de que tengo que mencionar el manual de Roxin, el manual de Jakobs y, probablemente, todavía, el manual de Jescheck. Yo creo que eso da una visión de conjunto, una primera entrada al mundo del Derecho penal, para ir descubriendo sus recovecos y sus diversas áreas y problemas. A partir de ahí, yo tengo una gran debilidad por los clásicos. Es decir, creo que una vez que el joven doctorando se maneja con los tratados, con los grandes sistemas de la actualidad, hay que ir trabajando también los clásicos simultáneamente. Y, por tanto, hay que leer a Welzel a Mezger, hay que leer todo aquello que esté traducido si no se sabe alemán. Por ejemplo, a Feuerbach, Merkel, von Liszt o M. E. Mayer los tenemos traducidos. Por tanto, esa sería una segunda vuelta que habría que dar. Es decir, le diría a un joven penalista que empiece por los panoramas actuales y luego vaya a los modelos, a los paradigmas anteriores, pero también de forma muy genérica. Siempre tratando de mantener una visión de conjunto, una coherencia, quedarse con la idea de *sistema*. Esto es en el fondo lo que creo que tiene que hacer un joven penalista: descubrir que hay un *sistema*, o varios sistemas posibles, pero que en todo caso se mueven dentro de la lógica de que el derecho penal es un engranaje.

Claro que el sistema no solamente se nutre de los grandes tratados, sino también de obras que han sido fundamentales para la historia de la dogmática y de obras más actuales. Por mencionar algunos ejemplos: "Autoría y dominio del hecho" de Roxin y "Lo vivo y lo muerto de la teoría de las normas de Binding" de Armin Kaufmann son libros que trabajamos en un seminario de lectura en la Universitat Pompeu Fabra. Evidentemente también es necesario leer libros como "Comportamiento típico e imputación de resultado" de Frisch, así como los diversos trabajos de Jakobs distintos de su tratado.

Bueno, estas son las primeras lecturas que considero importantes. Después depende del doctorando. Ya que estamos en Argentina diré que es evidente que si manifiesta un interés fuerte por cuestiones de injusto y por la pregunta sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto, habría que recomendarle el libro de Marcelo Sancinetti. Quien está más próximo a los problemas vinculados con la teoría del error, como del error de prohibición, debería leer trabajos como el de Fernando Córdoba. En materia de dolo está el libro de Gabriel Pérez Barberá, que hay que leer porque prácticamente el dolo está en casi todos los problemas o partes de la teoría del delito. Me da miedo mencionar más obras porque obviamente me voy a olvidar alguna y no querría que nadie se sintiera ofendido. Pero claro, hay muchísimos trabajos de calidad. En España, por ejemplo, el libro de Fernando Molina sobre antijuridicidad y sistema del delito es un libro magnífico y muy formativo sobre la evolución de la teoría de la antijuridicidad penal. La tesis de Francisco Baldó

Lavilla sobre estado de necesidad y legítima defensa es otro de los grandiosos libros que ha dado la ciencia penal española y que un doctorando debe descubrir. En fin, hay tantos libros, tantos…

Claro que una vez que se tiene acceso al idioma alemán se abre otro mundo. El tratado de Köhler es una maravilla. Hay que trabajarlo: es sugerente, distinto a todo lo demás. Yo lo tengo siempre encima de la mesa. El manual de Freund me resulta muy próximo también por la escuela de la que proviene [nota del editor: Freund es discípulo de Wolfgang Frisch], es otro de los libros a los que yo siempre aludo para que se penetre en esa forma un poco distinta de ver la teoría del delito sobre la base de la teoría de las normas. Ese es otro de los libros fundamentales. Bueno, los trabajos de Renzikowski son recomendables: es otro penalista actual que creo que hay que leerlo con mucha pasión, porque trata temas de fundamentos muy importantes. Pawlik ahora mismo también es uno de los referentes en la ciencia penal internacional y, por tanto, su libro, que es un poquito más reciente, del año 2012, "El injusto del ciudadano", y que no está traducido —aunque tenemos algunas cosas ya traducidas por nosotros en la Universitat Pompeu Fabra—, es uno que todo doctorando con dominio del alemán tiene necesariamente que leer, aunque discrepe de sus tesis. Casi me olvido de que está traducido al español el libro de Schünemann "El sistema moderno del Derecho penal. Cinco cuestiones fundamentales", que es un libro también de iniciación fundamental para entender el pensamiento teleológico de la escuela de Roxin. Evidentemente también recomiendo leer a Hruschka (hay mucho de él traducido), porque ofrece una visión alternativa y sistemática que resulta muy llamativa y muy enriquecedora, sobre todo en los primeros pasos. Uno descubre con Hruschka un sistema lógico. En fin, si sigo la lista no terminaría nunca [*risas*].

¿Cómo ve el estado actual de la dogmática jurídico-penal tanto en España como en Alemania?

El estado actual de la dogmática jurídico-penal, si tuviera que resumirlo, diría que es un "estado de alerta". ¿Por qué? Porque en los últimos tiempos estamos asistiendo a una tendencia que parece cuestionar el papel de la dogmática penal en el sistema global de justicia penal. Esta situación actual, o fuertemente actual, que trata de imponerse, parece que viene provocada, por un lado, por una especie de confianza ciega en la ley y en los procedimientos democráticos que impulsan a la ley en un Estado de derecho. Por otro lado, por una cierta desconfianza respecto del papel de los científicos, es decir, de los profesores del derecho penal, así como de la ciencia jurídico penal, en cuanto a sus postulados o sus posicionamientos teóricos. Y, sobre todo, en cuanto a sus posicionamientos teóricos críticos respecto de la expresión democrática o popular en

materia penal, esto es, a través de leyes aprobadas por el parlamento. Esta situación que, como digo, va siendo algo ya perceptible —en todo caso, lo es en Alemania y lo está empezando a ser en España—, nos está generando un estado de una cierta alerta por cuanto se habla de "aristocracia científica", de "autoritarismo académico" o de un "déficit democrático" de la academia a la hora de definir los conceptos del derecho penal y trabajarlos. Parecería que para este punto de vista nosotros nos tendríamos que limitar a interpretar la letra de la ley y que el legislador tiene la última palabra respecto de todos los problemas jurídico-penales que existen, incluso aquellos que atienden a la parte general (incluso las clásicas discusiones —algunas de ellas eternas—) y no solamente a la parte especial, donde parece que el protagonismo de la ley es por definición superior. Una palabra del legislador hace inútil centenares de bibliotecas y, por lo tanto, el papel del científico, para este planteamiento, no es diferente al que puede tener cualquier ciudadano con derecho a opinar sobre los asuntos públicos, entre los que se encuentran los jurídico-penales. No tendríamos una voz cualificada en tanto expertos en materia de política criminal, o siquiera en lo que se refiere a la interpretación de la ley penal: esto sería algo que correría a cargo del juez, quien usando los métodos hermenéuticos clásicos de la interpretación (la interpretación sistemática, la teleológica, la histórica y la gramatical) tendría herramientas suficientes para aplicar el derecho vigente al caso y, en fin, no tendría por qué acudir a discusiones científicas u opiniones dogmáticas que serían en cierto modo superfluas. Allí donde hubiera controversias, o problemas, o lagunas interpretativas, tendría que ser el legislador quien viniera a ofrecer una corrección ulterior. La definición del dolo, los problemas del error, la comisión por omisión, las posiciones de garante, las cuestiones de autoría y participación, todo eso sería algo que debería definir el legislador, con el único límite del sometimiento a las reglas o principios constitucionales y, a partir de ahí, habría campo libre en virtud de la legitimación democrática.

Esta corriente de pensamiento va cobrando fuerza últimamente en diversos grupos de profesores alemanes. Actualmente hay un foco muy fuerte en las nuevas generaciones de la escuela de Frankfurt. Anteriormente, el fallecido Joachim Vogel abogaba por este repliegue de la dogmática, para dejar paso al legislador democrático. Esto se ha ido extendiendo y ya algún profesor también lo sostiene en España y esto nos hace estar, evidentemente, en un estado de alerta porque resulta claramente preocupante. Resulta preocupante por varias razones y no puedo detenerme aquí en todas ellas pero, obviamente, una es el auto-desprecio (o, como creo que alguna vez señaló el Prof. Silva, "auto-odio") de los propios científicos españoles o alemanes sobre la propia producción, es decir, sobre su propio papel en materia de derecho penal. Es algo

bastante raro, curioso, que cuesta comprender. ¿Por qué esa auto-negación de nuestro rol en el sistema? No es fácil esa explicación, pero es, en todo caso, una constatación.

Esto es peligroso porque, efectivamente, dejar todo en manos del legislador penal y su amplísimo margen de libertad, con los únicos límites —escasos límites— que ofrece la Constitución, sobre todo teniendo en cuenta el laxo papel que los tribunales constitucionales tienen a la hora de limitar la actividad del legislador penal, da como resultado una legislación penal que no está basada en argumentos o en una lógica científica, sino en argumentos puramente políticos. Argumentos puramente políticos significa, y esto lo sabemos muy bien los que venimos de la cultura latina, una gran dosis de arbitrariedad. ¿Por qué? Porque cuando el legislador democrático legisla leyes penales lo hace marcado por la necesidad de contentar a la población, normalmente a las demandas de punición. Es el llamado populismo legislativo. Se suele afirmar que se legisla "a golpe de telediarios", es decir, sin ninguna pretensión de coherencia y, sobre todo, de racionalidad. No está presente la preocupación por tener un derecho penal racional, coherente, sistemático, contenido, limitado, etc.

Esa viene siendo la lógica legislativa en materia penal. A esto hay que añadir que los *lobbies* están cada vez más presentes en el ámbito europeo —en la tradición americana es mucho más explícito— y eso se ve en la propia Unión Europea, donde desde allá, desde las instancias supranacionales, se generan grupos de presión, con diversos intereses sectoriales, no necesariamente siempre de carácter económico —aunque fundamentalmente—. Eso condiciona la actividad de las instancias supranacionales, que, a su vez, condicionan muchísimo las legislaciones nacionales, en forma de directivas, de mandatos de incriminación, que muchas veces son transpuestos directamente, porque el legislador español, o el alemán, no quiere o no tiene por qué cuestionarse lo que les viene impuesto desde las instancias supranacionales. Instancias que tienen un interés, por ejemplo, en un momento dado, en atacar de forma drástica y urgente la corrupción o el blanqueo de capitales y lanzan obligaciones de incriminación muy abiertas, potentes, con elementos incriminadores que están claramente alejados de los principios que deberían inspirar la legislación penal: cláusulas generales, elementos normativos indefinidos y que, en todo caso, luego tienen que ser interpretados y que el juez no sabe cómo hacer. Este tipo de confianza en el legislador democrático es una confianza falsa, dado que los mecanismos legislativos están, en muchas oportunidades, muy perturbados.

Entonces, si no tenemos una ciencia penal que esté allí no solamente como vigilante, sino como interviniente activo en el debate jurídico-penal y, por supuesto, con una teoría del delito

sólida, que le ofrezca a los jueces, más allá de los clásicos cánones de la interpretación, un esquema general de qué significa un delito y cuándo hay delito, el resultado es un empobrecimiento general del sistema de justicia penal. Si no se da esa labor científica por parte de la dogmática se producen estos resultados. Un empobrecimiento que va en detrimento del propio afectado, del propio ciudadano que se ve sometido a un proceso y del propio ciudadano como potencial infractor, o potencial cumplidor, de la norma en cuestión. Por tanto, ese empobrecimiento, esa pérdida de racionalidad, es altamente peligroso y preocupante. Lo que ahora tenemos que hacer, ante esta situación de la dogmática, es estar en alerta y tratar de defender lo nuestro. Este es el mensaje final que les quiero transmitir. Hace treinta años nadie se lo podía imaginar. En la época de las grandes discusiones con Welzel, después con Roxin, nadie se podía imaginar que ahora los penalistas tendríamos que dedicarnos a defender nuestro propio papel en el sistema de justicia penal frente a la actividad del legislador, frente a los populismos, frente a los críticos que están dentro de nuestro propio grupo, es decir, frente a los propios científicos que se auto-niegan esa capacidad para influir en el debate político criminal y para influir en las decisiones judiciales a través de la construcción de la teoría del delito, que es una construcción que tiene más de doscientos años y que algo tendrá que decir tanto a la hora de legislar como a la de interpretar o de aplicar las leyes y resolver los problemas que afrontan los jueces. En realidad, me parece absurdo tener que hacer esto, pero nos vemos obligados a tener que justificar, en cada momento, la importancia de defender la dogmática jurídico-penal para lograr un sistema de justicia penal más justo y más racional.

En la sección de debate del libro Ciudadanía y Derecho penal se da una discusión entre usted y Pawlik sobre el concepto de norma en derecho penal. En particular, usted le critica a Pawlik que su distinción entre reglas de comportamiento e imputación daría lugar a un concepto de norma como prohibición de causación objetiva. ¿Podría desarrollar un poco más su postura al respecto?

Sí, efectivamente, en el libro *Ciudadanía y Derecho penal* se da cuenta de una discusión sobre la teoría de las normas que se produjo entre Pawlik y yo mismo en el seminario que se realizó en la Universitat Pompeu Fabra en el año 2015. Esta discusión viene dada porque Pawlik, en su monumental monografía *Das Unrecht des Bürgers*, acoge como estructura donde alojar su planteamiento, esto es, su teoría de las competencias y de la infracción de las competencias como injusto penal, la estructura normativa que proviene de Urs Kindhäuser. Esta última, muy influida por los trabajos de Joachim Hruschka, efectivamente, es una teoría que se ha llamado teoría analítica de las normas y que luego también ha tenido una cierta acogida en Chile, de la mano de

un discípulo de Kindhäuser, Juan Pablo Mañalich, y que, fundamentalmente, distingue entre normas de conducta y reglas de imputación. El problema de esta teoría de las normas es, y así se lo traté de hacer ver a Pawlik, que casa mal con su propia teoría del injusto del ciudadano o, al menos, creo que no es capaz de alojar toda la riqueza del planteamiento de Pawlik de una forma coherente y sistemática. ¿Por qué? Pues porque esta teoría entiende que las normas de conducta son prohibiciones de causación a constatar *ex post* que, por tanto, lo que prohíben es la mera producción de resultados. A esto se lo acompaña con una teoría de la infracción del deber, lo que serían las reglas de imputación, según la cual hay que analizar las capacidades de evitación de las personas que se hallaban en condiciones de no infringir esas prohibiciones de causación. Por tanto, todo aquel sujeto que se hallaba en condiciones de evitar la producción de un determinado resultado infringiría su deber y, por tanto, se generaría responsabilidad penal. Esta estructura de teoría de las normas, a mi juicio, tiene diversos problemas que la hacen mucho menos operativa, mucho menos útil, que la clásica teoría de las normas que proviene de Binding.

El problema fundamental viene, precisamente, por entender que las normas de conducta son prohibiciones de causación. Yo no creo que las normas de conducta sean prohibiciones de causación, ni tampoco creo que toda la carga valorativa y sistemática que debe soportar una norma de conducta pueda ser acogida por una raquítica norma de conducta entendida como norma de causación *ex post*. Creo que el derecho es un sistema de normas de conducta —junto con normas de sanción también, pero, primariamente, un sistema de normas de conducta—, que debe poder decir a los ciudadanos cómo tienen que comportarse en el momento *ex ante*, es decir, en el momento de orientar su comportamiento hacia un lado o hacia otro. Por tanto, una norma de conducta se formula como un juicio de pronóstico donde le dice al ciudadano "prohibido" o "permitido", es decir, qué es lo que tiene hacer en cada situación concreta. La norma de conducta se emite desde una perspectiva *ex ante* e incorpora un juicio de probabilidad sobre lo que va ocurrir o suceder. Ahí el derecho emite también un juicio valorativo, en la medida que este acontecimiento no es querido y, además, tiene en cuenta las capacidades del sujeto en el momento en el cual tiene que actuar porque, según esas capacidades, la norma de conducta es una, otra, más intensa, o directamente no es norma de conducta alguna. De ese modo, claro que se tiene en cuenta al sujeto a la hora de emitir esa norma de conducta. Por tanto, entiendo que no se emite frente a sujetos que se hallan en una situación de inimputabilidad, por ejemplo. Ahí no hay infracción de ninguna norma de conducta. No será un comportamiento prohibido, jurídico-penalmente prohibido, y, por tanto, no tiene ningún sentido afirmar que ha habido una conducta anti-normativa por parte de un inimputable. Pero, además, la teoría de las normas de conducta de

Kindhäuser lleva a la imposibilidad de fundamentar la tentativa. Esta es una completa anomalía en el planteamiento de Kindhäuser: una infracción del deber sin anti-normatividad, una cosa extraña. ¿Cómo se infringe un deber sin obrar anti-normativamente?

Pero creo que el problema se produce porque a Pawlik, como buen discípulo de Jakobs, no le interesa demasiado anclar su construcción en una teoría de las normas. Yo creo que eso es erróneo, que las construcciones dogmáticas tienen que anclarse en una teoría de las normas. La teoría de las normas no solucionan todos los problemas del derecho penal. En particular, muchos problemas valorativos no se solucionan *per se* con la teoría de las normas, pero sí ubican los problemas relevantes en el lugar adecuado y, sobre todo, ayudan a fundamentar y a legitimar dos cosas: primero, que la restricción de libertad al ciudadano tiene que producirse *ex ante*, mediante la prohibición de conductas idóneas que superen el riesgo permitido y dirigidas a destinatarios también idóneos para cumplir con la prohibición y, segundo, el hecho de que mediante una teoría de la norma de sanción el derecho penal selecciona el castigo de ciertas normas de conductas, les impone algunos requisitos adicionales —como, por ejemplo, la presencia de resultado o un determinado medio comisivo— y, por tanto, recorta el ámbito de lo punible más allá de lo que resulta estrictamente *prohibible*, que vendría definido por el ámbito de la norma de conducta sobre la base de una conducta que resulta personalmente imputable, culpable.

Yo creo que esto sería compatible con el planteamiento de Pawlik. Sin embargo, ahí Pawlik, como digo, creo que se deja llevar un poco por la inercia de su maestro, quien nunca ha defendido una teoría de las normas clásica. En su momento defendió una teoría de las normas como expectativa de conducta, pero tampoco se preocupó demasiado por desarrollarla. Me parece que Pawlik se precipitó a la hora de acoger el planteamiento de su colega de Bonn. No hubiera sido, en realidad, necesario, ni siquiera en el planteamiento de Pawlik, hablar de teoría de las normas para transmitir lo que él quería transmitir: su teoría de las competencias y de la infracción de las competencias, es decir, los criterios de exigibilidad de la conducta conforme a deber. Habría sido incluso mejor que hubiera dejado abierto en qué teoría de las normas encaja bien esa estructura del injusto de Pawlik. Así lo reconoce él mismo, de pasada, en la discusión que recogemos en el libro que he citado antes. El próximo mes de junio viene Pawlik otra vez a la Pompeu, tendremos otro seminario y le preguntaré si he logrado convencerle.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 6, pp. 377-390

Reseñas bibliográficas

"COMPLICIDAD A TRAVÉS DE ACCIONES NEUTRALES: LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA PARTICIPACIÓN. LA PROBLEMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR CONDUCTAS COTIDIANAS", DE LUÍS GRECO

Catalina PASTORIZA*

Fecha de recepción: 18 de abril de 2018
Fecha de aprobación: 20 de mayo de 2018

GRECO, Luis, *Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación. La problemática de la responsabilidad penal por conductas cotidianas*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017, 211 pp.

I. Presentación de la obra

GRECO escribió el libro en el año 2003 como fruto de las clases de un curso que impartió en la Universidad Federal de Río de Janeiro. Si bien la obra tiene como principal receptor al público brasilero, es interesante y útil para cualquier académico, abogado u operador jurídico del derecho penal.

El objetivo de este trabajo de GRECO es proponer una teoría que brinde un criterio sobre la punibilidad de las contribuciones realizadas a través de las llamadas conductas neutrales o cotidianas que se prestan a terceros determinados a cometer un ilícito. La idea defendida por GRECO es que la respuesta a este interrogante debe analizarse en la tipicidad de la conducta, puntualmente en la pregunta acerca de si el riesgo creado por el agente que colabora con el hecho principal es un riesgo desaprobado o no. El problema específico es el de construir el concepto de

* Abogada (UTDT). Docente de Derecho Penal (UTDT).

riesgo permitido para el tipo objetivo de la complicidad. La propuesta de GRECO es que si la prohibición de la conducta cotidiana que colabora con el ilícito —por ejemplo, la de un comerciante que vende un hacha a quien va a cometer un homicidio— no trae aparejada una mejora relevante para el bien jurídico en concreto —la vida de la víctima— no hay razón para punir el auxilio prestado. GRECO sostiene que lo que fundamenta la no punición en estos casos es la inidoneidad de la prohibición para proteger el bien jurídico en concreto y señala que si su trabajo ha de representar una contribución al debate, tal contribución no vendrá de la mano de una respuesta concreta, sino de consideraciones respecto de la pregunta misma.[1] Lo que tenemos que ver, explica el autor, es qué está detrás de la propuesta de eximir de pena ciertas conductas neutrales. Veamos entonces cuál es el camino que recorre GRECO para llegar a esa conclusión.

II. El camino argumental recorrido por GRECO

GRECO comienza su obra con la exposición de nueve casos en los que hay un autor de un ilícito y un individuo que le brinda algún tipo de contribución y plantea la pregunta sobre la punibilidad de la conducta del individuo que contribuye. Entiendo que, a los efectos de esta reseña, resulta importante transcribir el caso uno y el caso dos (sin variante) ya que la preocupación central de esta obra de GRECO parecería ser la de encontrar una justificación para un tratamiento diferenciado entre estos dos casos.

Caso 1. A quiere matar a su esposa. Este va a la casa de su amigo B, le cuenta acerca de sus planes y le pide que le preste un hacha. El amigo accede. Esa misma noche A parte el cráneo de su esposa de un hachazo.

Caso 2. Y quiere matar a su esposa. Él va a la ferretería de Z, le cuenta sus planes y compra un hacha. Esa misma noche Y parte el cráneo de su esposa de un hachazo.[2]

Luego de presentar los casos de complicidad problemáticos que inspiran su trabajo, GRECO realiza algunas aclaraciones terminológicas preliminares e indica que, frente a las distintas posturas existentes respecto de las diversas formas de participación y la distinción tripartita del Código Penal brasileño, a los fines de su obra, solo hará referencia a dos formas de participación: la

[1] GRECO, *Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación*; Buenos Aires, Hammurabi, 2017, p. 131.
[2] *Supra* nota 1, p. 21.

instigación y la complicidad y, en particular, se concentrará en los supuestos de complicidad. El autor no niega la posibilidad de que una acción cotidiana genere en alguien la decisión de cometer un delito, lo que podría dar lugar a un supuesto de instigación. Sin embargo, GRECO aclara que no será ese el tema de su trabajo simplemente porque no ocupa un lugar central en la discusión respecto de la punibilidad de las acciones cotidianas.[3] GRECO también deja sentado que parte de la base de que la participación es accesoria y que adopta una teoría de la accesoriedad limitada.

A lo largo de su obra, GRECO explica que él asume que todo concepto de la teoría del delito debe cumplir una determinada función político-criminal y deber ser construido de la forma que mejor atienda esa función.[4] En ese sentido, GRECO sostiene que hay una necesidad política criminal de restringir la punibilidad en ciertos casos de acciones neutrales[5] y la empresa de su obra parece ser encontrar el mejor fundamento y un criterio dogmático para lograr esa restricción deseada.

Antes de brindar su punto de vista sobre cómo abordar la cuestión, GRECO le presenta al lector los diversos modelos existentes en la materia y explica por qué, a su entender, ninguno resulta adecuado para resolver la problemática de la punibilidad de la complicidad a través de la conductas cotidianas. El autor divide las teorías existentes en dos categorías: clásicas y modernas.

Las teorías clásicas que analiza GRECO son la de la adecuación social, la prohibición de regreso, el principio de confianza y de insignificancia. A la teoría de la adecuación social la descarta como un instrumento apto para resolver la cuestión por su excesiva imprecisión y la falta de claridad respecto de si debe ser entendida como una teoría descriptiva o prescriptiva. A los postulados de las otras tres teorías los descarta como adecuados porque son modelos que fueron

[3] *Supra* nota 1, pp. 27 ss.

[4] El autor remite a otra de sus obras para justificar por qué la dogmática debe atender a las necesidades de la política criminal (p. 111).

[5] Más adelante en su obra, GRECO aclara que si bien la mayoría de los autores que estudiaron el tema de la punibilidad de la conductas neutrales están de acuerdo en que hay ciertas contribuciones causantes de resultado que no deben ser punibles, hay otras voces que no creen que deba haber un trato jurídico diferenciado entre el amigo que presta el hacha y el comerciante que vende el hacha. GRECO afirma que estos autores justamente tocaron el punto neurálgico del problema: la necesidad de saber por qué excluir la punición de ciertas acciones que contribuyen al resultado (pp 151-153). Este punto será explicado más adelante en la presente reseña.

pensados para resolver otro tipo de escenarios y no resultan aplicables a los casos que tiene en mente.

Por otro lado, dentro de las teorías modernas, realiza una subdivisión en tres grupos: teorías objetivas que abordan el problema sobre la base de criterios exclusivamente objetivos, teorías subjetivas y teorías mixtas que trabajan con ambas clases de criterios. GRECO también brinda ejemplos de autores que sugirieron soluciones casuísticas a la problemática. En todos los casos, GRECO llega a la conclusión de que no podemos esperar respuestas a la pregunta sobre la punibilidad de las acciones neutrales por parte de las distintas teorías existentes porque padecen de defectos que las tornan no viables. Las critica porque no atienden ciertas exigencias generales y necesarias para la construcción de una teoría plausible.

Las teorías que GRECO incluyó dentro de la categoría de objetivas son: la teoría de los roles de JAKOBS, de la participación como solidaridad con el ilícito ajeno de SCHUMANN, de la adecuación profesional de HASSEMER, de criterios cuantitativos de WEIGEND, de la ponderación objetiva de intereses de LÜDERSSEN y de la consideración de cursos causales hipotéticos de LÖWE-KRAHL. GRECO las critica porque, a su entender, no atienden ciertas exigencias generales y necesarias para la construcción de una teoría jurídica plausible, como claridad, precisión, consistencia interna o armonización con otras teorías conocidas.

A continuación, el autor analiza dos teorías subjetivas, la de la no punibilidad del dolo eventual postulada por OTTO y la de la necesidad de solidarizarían reconocida por el autor principal, de SCHILD y TAPPE. Según estas teorías no es posible no concluir que el tipo objetivo de la complicidad está completo en los casos que GRECO tiene en mente y proponen, entonces, resolver el problema reduciendo el alcance del tipo subjetivo de la complicidad. Tal como ya se señaló, GRECO no está de acuerdo con el punto de partida subjetivo, pero al analizar estas teorías no tiene en cuenta esto, sino que las critica de forma genérica también.

GRECO se concentra luego en las teorías mixtas de FRISCH, ROXIN y WOHLLEBEN y también las descarta.

Por último, atiende a las soluciones casuísticas que no formulan una teoría, sino que describen casos en los que la ayuda a través de una acción neutral debe permanecer impune. Este es el caso de AMELUNG, WHOLERS y PUPPE. GRECO realiza, en primer lugar, una crítica genérica al método casuístico de abordaje porque se pierden las ventajas que proporciona una teoría general, como,

por ejemplo, la simplificación y la uniformidad de soluciones, entre otras. A su vez, analiza los postulados de cada jurista y los critica en particular.

Luego de ese recorrido por las teorías y modelos existentes para abordar el problema, GRECO llega a una *conclusión intermedia*: el gran conflicto detrás de toda la discusión sobre la posibilidad de dejar de punir acciones neutrales consiste en que cada autor comienza anticipando las respuestas cuando lo que resulta poco claro es la pregunta. Los interrogantes que plantea GRECO, entonces, son: ¿Qué son las acciones neutrales? ¿Por qué se debe eximir de pena (ciertas) acciones neutrales? ¿Cuál es la relación entre el fundamento de punibilidad de las acciones neutrales y los diversos criterios propuestos para ese fin? GRECO sugiere que la falta de claridad sobre estas cuestiones es lo que inviabiliza todas las tentativas de resolverlas hasta ahora propuestas.[6]

Tal como se adelantó, GRECO brinda el criterio de la mejora relevante para abordar la punibilidad o no de las acciones neutrales. El camino que emprende para llegar a ese criterio es el siguiente: primero define qué se debe entender por acción neutral; luego, determina en qué estrato de la teoría del delito debe resolverse la cuestión sobre su punibilidad; a continuación, se pregunta por el fundamento para restringir la punibilidad en casos de acciones neutrales; y, finalmente, a partir del fundamento, elabora el criterio de la mejora relevante.

GRECO propone una definición meramente descriptiva de acción neutral. Son acciones neutrales *todas las contribuciones al hecho ilícito ajeno no manifiestamente punibles*.[7] El autor aclara que los casos dudosos también deben ser tenidos como casos de acciones neutrales. La principal ventaja de esta descripción, según GRECO, es que por su carácter impreciso la solución defendida valdrá para toda la dogmática de la participación y no solo para los casos-límite. El carácter impreciso, explica GRECO, prácticamente nos fuerza a buscar una solución que se encuadra en la sistemática de una teoría general y así no se corre el riesgo de formular una teoría *ad hoc*.

El autor explica que el problema, a su entender, debe resolverse en el tipo objetivo de la complicidad, porque es función del tipo objetivo fijar los límites externos de lo prohibido y lo permitido.[8] El problema que tenemos delante de nosotros es justamente saber si al vendedor de herramientas le es permitido o prohibido vender el hacha a alguien que le confiese que quiere

[6] *Supra* nota 1, p. 130.
[7] *Supra* nota 1, p. 138.
[8] *Supra* nota 1, p. 142.

matar a su esposa. GRECO explica que el lugar sistemático adecuado para enfrentar el problema es la imputación objetiva y, puntualmente, la pregunta acerca de si el riesgo creado se encuentra permitido, o no.[9] GRECO explica que en los casos que tiene en mente, siempre hay una contribución —una acción—, un resultado —la comisión del hecho principal— y un nexo causal entre los dos. En estos casos también siempre hay creación de riesgo y un hombre prudente, dotado de los conocimientos especiales[10] del autor, hablaría de una posibilidad de daño. Entonces, el problema es si ese riesgo es considerado permitido o no. Ese es el componente del tipo objetivo competente para resolver el problema de si la creación de riesgo a través de la contribución no manifiestamente punible se encuentra permitida, o no.

Ahora bien, la valoración respecto de si el riesgo creado es o no jurídicamente desaprobado presupone una ponderación entre el interés general de libertad —de permitir la práctica de determinada clase de acciones peligrosas— y el interés de protección de bienes jurídicos —que sean prohibidas las acciones peligrosas—. Esta ponderación se realiza a través de criterios tales como la violación de la norma técnica, el principio de confianza, etc. De esta forma, GRECO precisa aun más la pregunta que busca responder: *¿Sobre qué presupuestos se puede declarar permitido el riesgo creado por la acción no manifiestamente ilícita que contribuyó al hecho injusto ajeno?*[11]

GRECO, de todos modos, afirma que detenernos en la pregunta sobre los presupuestos del riesgo permitido no es suficiente y propone ir más allá y explorar cuál es el fundamento del riesgo permitido en acciones neutrales. El autor explica que los presupuestos serán al final un reflejo del fundamento. Una vez respondida la pregunta del porqué —fundamento—, la pregunta sobre los presupuestos —criterio— estará automáticamente resuelta.

GRECO sostiene entonces que la pregunta fundamental que debemos responder (y que no respondieron los autores cuyas teorías revisó, lo que explicaría la confusión imperante en la doctrina en general) es la de por qué eximir de pena, afirmado un riesgo permitido, en el caso de ciertas acciones neutrales. En otras palabras, GRECO se pregunta por el fundamento político-

[9] *Supra* nota 1, p. 147.

[10] GRECO refiere que en otro trabajo ("Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum „Problem" des Sonderwissens", *ZStW*, t. 117 (2005), pp. 519 ss.) examinó y criticó exhaustivamente la postura sostenida por JAKOBS y su escuela respecto de la irrelevancia de los conocimientos especiales en el momento de formular el juicio sobre la creación de riego (p. 146).

[11] *Supra* nota 1, p. 149.

criminal de esta no prohibición de contribuciones riesgosas causantes del resultado ilícito: por qué no prohibir ciertas acciones servirá de directriz político-criminal para interpretar restrictivamente el tipo objetivo de la complicidad y excluir la prohibición de ciertas acciones.[12] Es este el camino que propone GRECO para arribar a una teoría consistente y bien fundada de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado en la participación.[13]

El fundamento de la no punibilidad de ciertas contribuciones neutrales es, según GRECO, la inidoneidad de la prohibición de esas conductas. Esto es lo que desemboca en el criterio para determinar cuándo el riesgo creado por estas conductas no manifiestamente ilegales es o no permitido: la mejora relevante de la situación de bien jurídico concreto.

Veamos, primero, cuál es la explicación que brinda GRECO acerca del fundamento de la no punibilidad para luego ver en detalle el criterio propuesto.

GRECO explica que FRISCH estaba en el camino cierto cuando señalaba que la prohibición de una acción no dotada de sentido delictivo sería una medida inidónea para proteger bienes jurídicos,[14] porque quien quiera valerse de ella podría recurrir a cualquier otra persona no dotada de conocimiento a través de la cual podría conseguir idéntica contribución y propone proseguir en esa línea, a través del principio de idoneidad de la prohibición. Para ello, GRECO recurre al principio de proporcionalidad constitucionalidad, que justamente establece criterios de idoneidad. Este último señalaría que solo es legítimo restringir la libertad de los ciudadanos en caso en que estas medidas limitadoras satisfagan tres requisitos: que sean idóneas para alcanzar un fin anhelado, que sean necesarias en el sentido de que no haya una medida menos gravosa que pueda alcanzar el mismo fin y que sean proporcionales en sentido estricto, en el sentido de que en una ponderación de intereses no se esté limitando la libertad de forma excesiva. Este principio debería ser, según GRECO, la directriz de interpretación para restringir el alcance del tipo objetivo de la complicidad.

[12] *Supra* nota 1, p. 150.
[13] Antes de dar su punto de vista propio sobre cuál es el fundamento de la exclusión de la tipicidad, el autor repasa la posición de autores que se han ocupado de pensar en los fundamentos y también los descarta. Estos son los casos de AMBOS y JAKOBS (pp. 153-163).
[14] *Supra* nota 1, p. 162.

GRECO entonces aplica el principio de proporcionalidad al problema de las contribuciones no manifiestamente punibles y declara que solo pueden ser punibles si la prohibición (de realizar esas contribuciones) se mostrara idónea para proteger el bien jurídico en concreto. Una prohibición, esto es, la orden para que no se practique determinada acción, se podrá considerar idónea si la no realización de la acción prohibida sirve de medio para alcanzar un fin. Ese fin, según GRECO, es la protección del bien jurídico en concreto. La prohibición (la orden para que no se realice la contribución) será idónea si la no realización de la contribución mejora de alguna manera la situación del bien jurídico en concreto. Mejorar, en el sentido del criterio propuesto por GRECO, presupone una mejora relevante, menor que salvar, pero mayor que modificar.[15] En la generalidad de los casos de participación, la prohibición es idónea, pero esa idoneidad no está presente en todos los casos. Las contribuciones neutrales, justamente por no ser manifiestamente ilegales, suelen poder ser obtenidas en varios lugares y sin mayor dificultad, lo que puede tornar inútil la prohibición de que se preste esta contribución.

Por ejemplo, en el caso 2 citado, dado que hay ferreterías en todos lados, GRECO se pregunta para qué serviría prohibir a nuestro vendedor vender el hacha al futuro homicida, si este podría adquirirla en la próxima esquina con un vendedor menos informado. Limitar la libertad del comerciante no tiene la menor idoneidad para proteger la vida de la víctima, toda vez que el autor ya decidido a cometer el hecho puede caminar cien metros e ir a otro comercio. Las contribuciones que pueden ser obtenidas en cualquier otro lugar, de cualquier otra persona que actúa lícitamente, sin cualquier ulterior dificultad para el autor principal, no pueden considerarse prohibidas porque tal prohibición seria inidónea para proteger el bien jurídico concreto. La falta de idoneidad de la prohibición para proteger el bien jurídico en concreto se revela como un punto de vista del cual se puede esperar alguna contribución para solucionar nuestros problemas.[16]

Ahora bien, este fundamento, la inidoneidad, desemboca en el criterio de la mejora relevante de la situación del bien jurídico concreto.[17] La propuesta de GRECO es que si la no realización de la contribución no mejora en un sentido relevante la situación del bien jurídico concreto no hay riesgo jurídicamente desaprobado. Solo habrá riesgo no permitido cuando la no realización de la contribución mejore de modo relevante la situación del bien jurídico concreto. Si la prohibición

[15] *Supra* nota 1, p. 167.
[16] *Supra* nota 1, p. 165.
[17] *Supra* nota 1, p. 169.

mejorara de modo relevante la situación del bien jurídico, y dificultara de alguna forma su lesión, ya sería legítima y el riesgo creado sería jurídicamente desaprobado.

GRECO defiende que el criterio propuesto no es un criterio *ad hoc* destinado a resolver únicamente los casos de complicidad a través de acciones neutrales sin el menor sustento en el sistema, sino que, por el contrario, el criterio propuesto puede ser universalizado y es aplicable a otros casos similares. De hecho, sostiene que el principio de la idoneidad atraviesa todo el sistema de la teoría del injusto y filtra aquellos casos cuya prohibición no se muestra como un medio eficaz de protección del bien jurídico. GRECO defiende tal afirmación con los casos de no punición en los supuestos de autoría e instigación. Por ejemplo, explica que, a su entender, los casos de no punición de tentativas inidóneas y de los supuestos de comportamientos alternativos conforme a derecho que ni siquiera disminuirían el riesgo de producción del resultado tornan particularmente visible la incidencia del principio de idoneidad.

Finalmente, GRECO dedica un capítulo a la resolución de los casos expuestos en el primer capítulo con el criterio desarrollado en su obra.

III. El fundamento como punto de partida para la elaboración de un criterio en la obra de GRECO. ¿Fundamento de la punibilidad de la participación? ¿Qué es lo que torna ilícita una contribución en un ilícito ajeno?

Antes de adentrarme en lo que creo que es una de las mayores virtudes de esta obra de GRECO, quiero destacar que el libro devela un estudio detallado del tema y una generosidad intelectual por parte del autor, quien se esforzó en presentar las distintas posturas existentes de forma tal que estén al alcance de quien quiera estudiar la cuestión. Y el autor no se detuvo en la exposición de las distintas posturas, sino que brindó una crítica de cada una que obliga al lector a continuar el riguroso ejercicio intelectual emprendido. Además, la obra de GRECO tiene un claro sentido práctico a partir de un entendimiento teórico profundo y es, sin dudas, un punto de partida más que interesante para quien quiera especializarse con mayor profundidad en el estudio de la responsabilidad penal por conductas neutrales.

Más allá del tema puntual de la obra y de su contenido, creo que lo que más vale la pena resaltar es el ejercicio intelectual que realiza y propone GRECO para arribar a su conclusión y a la tesis que formula. GRECO afirma, correctamente, que elaborar un criterio o tomar una decisión sobre la aplicación o no de un instituto jurídico es apelar al fundamento del instituto que estamos

evaluando. En el caso puntual, la duda pasa por la permisión o no de determinada conducta. La propuesta es que ante la incertidumbre sobre la aplicación o no de un instituto jurídico, veamos cuál es su fundamento. A través del estudio de este último y su aplicación en el caso concreto vamos a elaborar criterios adecuados de dogmática penal.

Esta forma de entender y aplicar el derecho puede parecer obvia cuando es expuesta de esa manera pero, sin embargo, en más de una ocasión, las decisiones judiciales se desentienden de los fundamentos de los principios e institutos jurídicos que aplican, lo que puede, en algunas ocasiones, llevar a conclusiones o decisiones que consideramos, por alguna razón, injustas.

Sin embargo, son tres los interrogantes que pretendo abrir luego de la lectura de la argumentación de GRECO.

El primer interrogante tiene que ver con la virtud ya señalada. GRECO explica que su criterio es un reflejo del fundamento de la no punición de ciertas conductas neutrales y sus esfuerzos se concentran en la búsqueda de tal fundamento. Ahora bien, lo que resulta un tanto desconcertante es por qué GRECO indaga sobre cuál es el fundamento de la no punibilidad sin antes dejar en claro (al menos de forma explícita) cuál es, a su entender, el fundamento de la punibilidad por participación. Es una pregunta que GRECO menciona pero no desarrolla en profundidad y sobre la cual no expone su postura (al menos no de una forma explícita) al lector.

Al desarrollar la teoría de SCHUMANN sobre la punibilidad de las conductas neutrales, GRECO realiza un pequeño excurso dedicado la pregunta sobre el fundamento de la responsabilidad penal por participación.[18] El propósito de este excurso es poner en contexto al lector que desconozca la discusión para que entienda mejor la postura de SCHUMANN, quien propone una teoría sobre el fundamento de la punibilidad del partícipe basada en que la participación representa una solidaridad con el hecho principal. GRECO advierte: "*si el lector ya estuviese familiarizado con la discusión, simplemente ignore este excurso*". Así, el autor brinda un breve resumen de las teorías existentes en la materia, sin adoptar una postura determinada. Luego, al criticar la teoría de SCHUMANN, GRECO descarta el fundamento de la solidaridad sobre la base de problemas de fundamentación, pero, de nuevo, no deja entrever cuál es su postura al respecto. Otro momento

[18] *Supra* nota 1, pp. 67-69.

de la obra en que GRECO hace mención al fundamento de la participación es cuando desarrolla la teoría de SCHILD y TAPPE y realiza las mismas consideraciones.[19]

Desde ya que hay una lectura posible del asunto: dado que la inidoneidad de la prohibición es lo que fundamenta la no criminalización, debemos entender que la idoneidad de la prohibición para proteger el bien jurídico en concreto es lo que justifica la criminalización. En otras palabras, el fundamento de la responsabilidad penal por participación sería que la existencia de una norma que criminaliza el contribuir en el ilícito ajeno resulta idónea para la protección de bienes jurídicos. Recordemos a esta altura que el criterio propuesto por el autor está destinado a servir no solo a los casos-límite de la dogmática de contribuciones a través de acciones cotidianas (el panadero que vende el pan utilizado para envenenar a la víctima, el funcionario bancario que realiza la transferencia que lleva a la evasión tributaria, etc.), sino a toda forma de participación. Por consiguiente, considero que, a diferencia de lo manifestado por GRECO en su excurso, la discusión sobre el fundamento del castigo en la participación es una discusión que no debía ser evitada.

El segundo interrogante se presenta si se asume que el fundamento de la punibilidad de estos casos es la idoneidad de la prohibición. En otras palabras, si el hecho de que una prohibición penal sirva para un determinado fin justifica la asignación de responsabilidad, sin ninguna aclaración ulterior (de nuevo, al menos no de manera explícita). Y es que el umbral de permisión de libertad parece tener que ver meramente con las consecuencias de la conducta o con cuestiones que nada tienen que ver con la corrección o incorrección de la conducta en sí. Desde ya que con esto no quiero implicar que las consecuencias no importan: de hecho, es un principio rector de todo derecho penal liberal que una conducta que no acarrea daño (en algún sentido relevante) no puede ser legítimamente criminalizada. El problema, creo, aparece cuando nos concentramos nada más en las consecuencias sin tener en cuenta ningún tipo de consideración sobre cuál es el desvalor (o valor) o la incorrección (o corrección) de la conducta.[20]

[19] *Supra* nota 1, pp. 93-98.

[20] Sobre la relación entre derecho penal y moral, véase FERRANTE, "Filosofía del Derecho Penal", en FABRA/SPECTOR (eds.), *Manual de Teoría y Filosofía del Derecho,* vol. III, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México; PÉREZ BARBERÁ, "El ilícito material del delito tributario. En torno a la legitimidad de la criminalización de incumplimientos fiscales", en ROBLIGLIO (dir.), *Institutos del Derecho*

El problema puntual que quisiera señalar es que, según el criterio postulado por GRECO, si castigar es útil para el fin propuesto, consideramos que la conducta superó el umbral del riesgo permitido y castigamos. Ahora, si castigar no sirve, no castigamos. La conducta de un comerciante que vende un hacha en una ciudad poblada de ferreterías no constituiría un supuesto de complicidad de homicidio típica. Empero, la conducta de un comerciante que vende un hacha en un pueblo alejado donde no hay otros comercios similares cerca sí sería típica. La única diferencia en estos casos es la cantidad de comercios disponibles para al autor del plan homicida, pero la conducta de los comerciantes *es la misma*. Esa diferencia justificaría un tratamiento jurídico diferenciado, ya que en un caso el castigo, al incidir en la motivación del comerciante, dificulta los planes del autor y, por ende, mejora la situación de la víctima del homicidio. En el otro, aun cuando la norma tenga este efecto disuasorio, los planes homicidas no se verían seriamente entorpecidos, por lo que la vida de la víctima no estaría en una mejor situación. Sin embargo, repito, en ambos casos los dos comerciantes llevaron a cabo la misma conducta y sobre esto parecería sensato señalar que si queremos fundar un tratamiento jurídico diferenciado deberíamos exigir más que solamente consideraciones sobre las consecuencias (contingentes) de la no realización de la conducta, que nada tienen que ver con la acción del supuesto cómplice. Esto da lugar a que con el fundamento y criterio propuesto por GRECO no nos quede claro todavía qué es lo que consideramos especialmente reprochable de la conducta del comerciante del pueblo alejado y por qué no podemos hacerle ese reproche al comerciante de la ciudad que llevó a cabo exactamente la misma conducta. Estos interrogantes no implican negar que tenga que haber un tratamiento diferenciado, sino simplemente que la diferencia de castigo o no castigo tiene que tener que ver con un reproche a la conducta en sí y no meramente con las consecuencias del castigo. Creo que ese enfoque de la pregunta está ausente en la argumentación de GRECO. Y la solución a este inconveniente se vincula nuevamente con el primer interrogante: ¿cuál es el fundamento de la punibilidad de la responsabilidad por participación que acompaña (o, mejor dicho, inspira) el criterio propuesto en la obra de GRECO?

Sería valioso que en la construcción sobre una teoría sobre la responsabilidad por la participación a través de conductas cotidianas se tuvieran en cuenta consideraciones sobre qué es lo intrínsecamente disvalioso o incorrecto de la conducta del que contribuye con el ilícito ajeno a través de una conducta cotidiana. La argumentación de GRECO atiende a las consecuencias de la

Penal Tributario, Buenos Aires, Ad-hoc, 2017; GREEN, *Mentir, hacer trampa y apropiarse de lo ajeno,* Buenos Aires, Marcial Pons, 2013.

criminalización, pero no queda claro, al menos de forma explícita, qué es lo disvalioso o incorrecto de la participación.

Hay un tercer interrogante que se desprende de la lectura de la obra. Creo que no termina de quedar del todo claro cuál es la relación que presupone el autor entre la existencia de la prohibición penal y la no realización de la conducta. Parecería que es la siguiente: dado que la prohibición existe, el comerciante que sabe que el comprador va a utilizar el hacha para cometer un homicidio se motivaría en esa prohibición que amenaza con pena la venta del hacha con conocimiento de su posterior uso y se abstendría de venderla. Las siguientes partes del libro me llevaron a pensar en esto: 1) Cuando GRECO explica por qué su teoría no es *ad hoc* y resulta aplicable también en el campo de la autoría refiere que: "*como el agente domina el hecho, está en sus manos* ***decidir*** *si el bien jurídico es o no lesionado, de modo que una prohibición que quiera ser eficaz, debe, justamente, prohibir la práctica de la acción peligrosa*".[21] 2) Más adelante, indica que "*La prohibición dirigida a todos es, por regla, un medio idóneo para proteger un bien jurídico concreto. Si un policía tortura a un preso, sabiendo que, frente a su omisión, un colega lo haría, la norma penal* ***puede actuar en la motivación*** *tanto del primer agente, cuanto en la del agente sustituto. De ahí por qué la prohibición es idónea: si los agentes se comportasen como la norma ordena, el bien jurídico sería beneficiado*".[22]

Parece que lo central es, entonces, el efecto disuasorio de la pena. El criterio propuesto por GRECO entonces parece adoptar una mirada al futuro y no al pasado. En esa mirada al futuro se esconde alguna justificación de tinte consecuencialista. Esto, sumado, a la ausencia sobre consideraciones de otra clase, puede hacer que la argumentación se gane un problema, porque parecería que tendría que hacerse cargo de las clásicas objeciones a las teorías consecuencialistas sobre justificación del castigo. Habría que ver si en la actualidad GRECO está dispuesto a sostener esta mirada, dado que justamente su tesis doctoral es conocida por ofrecer una justificación del castigo dualista, en tanto las consideraciones (meramente) consecuencialistas se encuentran limitadas por ciertas restricciones laterales de carácter deontológico.[23]

[21] *Supra* nota 1, p. 170.
[22] *Supra* nota 1, p. 173.
[23] Para una recensión de la tesis doctoral de GRECO, véase, en esta revista, DIAS, "Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal" de Luís Greco, en *En Letra: Derecho Penal*, n.º 1, 2015, pp. 207-212.

En síntesis, son tres las cuestiones que me generaron interrogantes en la lectura de la obra de GRECO. Por un lado, la elección por centrar la argumentación en el fundamento de la no punibilidad de las contribuciones a través de conductas cotidianas, en lugar del fundamento de la responsabilidad por complicidad. En segundo lugar, el hecho de que GRECO recurre a un fundamento y un criterio que se concentra en las consecuencias de la prohibición de la conducta para decidir o no por su punibilidad sin que haya un desarrollo sobre qué es lo fundamentalmente incorrecto o reprochable de este tipo de contribuciones a través de conductas cotidianas. En tercer lugar, hay una lectura posible de la argumentación según la cual esconde razones de índole exclusivamente consecuencialistas.

Más allá de estos interrogantes, se trata de una obra intelectualmente interesante y desafiante para el lector, que, a su vez, brinda un panorama claro sobre las teorías existentes para estudiar la responsabilidad por conductas neutrales.

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

1. EN LETRA: DERECHO PENAL se define como un espacio editorial cuya premisa fundamental consiste en fomentar el debate institucional a partir de la crítica informada de materias actuales de interés general, desde una perspectiva académica.

De allí que son pautas sustanciales para la remisión de artículos para la Revista EN LETRA: DERECHO PENAL:

a. Carácter inédito del texto. No debe estar publicado, total o parcialmente, en soporte papel ni digital alguno, lo que incluye —aunque no se limita a—: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas o electrónicas, suplementos digitales, blogs y sitios de Internet en general.

b. Originalidad y relevancia. Se pretende el análisis de temáticas relevantes a partir de aportes y perspectivas originales, tales que permitan un debate académico e informado de materias actuales.

c. Sistematicidad y rigurosidad académica. Es preciso que las ideas manifestadas en el texto formen un todo coherente, cohesivo y articulado. El desarrollo y la conclusión deben presentar una extensión razonable y ser acordes a los objetivos planteados en el trabajo. Y a su vez, deben respetarse las reglas gramaticales y ortográficas de la lengua española, y los parámetros generalmente aceptados del discurso académico-científico.

2. Deben redactarse en soporte digital: procesador de textos Microsoft Word 2003 o posterior. Fuente Times New Roman, tamaño 12 puntos, interlineado de 1,5 líneas, hoja tamaño A4 (210 x 297 mm.) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm.; izquierdo y derecho 3 cm.). Las notas a pie de página deben redactarse en tamaño 10 puntos e interlineado simple. La extensión del trabajo —incluyendo notas al pie, citas en el cuerpo del trabajo y bibliografía al final del artículo— debe ser de 15 a 25 páginas. En casos de contribuciones de gran importancia e interés científico podrán publicarse, excepcionalmente, trabajos más extensos.

3. El orden a seguir en la presentación es el siguiente:

a. Título del trabajo en español. Es posible consignar, en nota al pie, cualquier agradecimiento, dedicatoria, aclaración y/o comentario sobre el texto.

b. Nombre completo del/de los autor/es. Es necesario consignar, en nota al pie, profesión, títulos, la afiliación institucional y un correo electrónico de contacto.

c. Resumen del trabajo en español (5 a 15 líneas).

d. Palabras clave en español.

e. Título y resumen del trabajo en inglés (e ser posible).

f. Palabras clave en inglés (de ser posible).

g. Cuerpo del trabajo.

h. Bibliografía.

4. Las notas a pie de página se numerarán consecutivamente en el cuerpo del trabajo y no al final del documento.

5. Los apellidos de los autores se escriben EN VERSALITAS. El nombre del autor solamente se colocará al final del texto, en un apartado dedicado exclusivamente a la bibliografía. Si en vez de ser autor se trata del editor del volumen, va seguido de "(ed.)" y, si es compilador, de "(comp.)". En caso de ser varios los autores, se coordinan con el símbolo "/", y de ser más de cinco los autores, es posible colocar la expresión *et al*. (en cursiva). Si son editores, tras los autores se coloca entre paréntesis "(eds.)" y si son compiladores "(comps.)".

Los títulos de los libros y los nombres de las revistas se escriben en *bastardilla*. En cambio, los títulos de los artículos y capítulos van "entre comillas dobles". En todos los casos, se deberá colocar el año de publicación (y, si es diferente de la primera edición entre corchetes el año original) y al final el lugar de edición y la editorial. En el caso de las revistas, al final se incluirá el número de volumen, tomo o fascículo. Tanto en el caso de las revistas como en el de capítulos de libros, se indicarán las páginas de inicio y fin (con números completos).

Ejemplos de citas:

a) Monografías y manuales

SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005 [1991].

b) Capítulos dentro de libro individual

GIMBERNAT, Enrique, "¿Tiene un Futuro la Dogmática Jurídicopenal?", en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1990 [1970], pp. 158-183.

c) Capítulos dentro de libro colectivo

GALLI, María de las Mercedes, "El desistimiento de la tentativa. La 'voluntariedad' como presupuesto para la eximición de pena contenida en el art. 43 del Código Penal", en ZIFFER, Patricia (ed.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, Tomo I, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 15-44.

d) Artículos en revista

FLETCHER, "New Court, Old Dogmatik", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, pp. 179-190.

e) Jurisprudencia nacional

En las citas se consignarán el tribunal (en mayúsculas abreviadas o versales), la sala (si correspondiera), los "autos" (entre comillas), la fecha de la decisión y, si lo hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

Ejemplo:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Priebke, Erich s/ Solicitud de extradición", 2 de noviembre de 1995 (Fallos 318:2148)

f) Jurisprudencia internacional

En las citas se consignarán el tribunal (en mayúsculas abreviadas o versales), el nombre del caso y/o las partes (entre comillas y/o entre paréntesis), la fecha de la decisión y, si lo hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

Ejemplo:

CORTE PENAL INTERNACIONAL, SJ II, *Fiscal c. Germain Katanga*, "Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case", 25 de septiembre de 2009.

g) Citas de Internet

Sólo se admitirán, generalmente, cuando no exista otra fuente de información y siempre que la página web sea totalmente confiable (en general se trata de publicaciones en formato electrónico o documentos oficiales, no de páginas personales o blogs). Debe indicarse al final no solamente la página de Internet sino también, entre corchetes, la fecha en que se consultó por última vez:

Ejemplo:

AMBOS, Kai, "Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible", en *Política criminal*, número 5, p. 25. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_6_5.pdf [enlace verificado el 5 de abril de 2015].

Casos Especiales

a) Obras traducidas

En las obras traducidas deberá aclararse quién realizó la traducción:

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. Joaquín CUELLO SERRANO y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), 2.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997 [1991].

b) Festschrift y comentarios

Tanto los artículos publicados en libros homenajes (Festschrift) como en comentarios a leyes (ej. StGB) se citarán a partir de un sistema abreviado:

HOYER, Andreas, "'Umräumen von Möbeln' auf offener Bühne", en *FS-Frisch*, Duncker & Humblot, Berlín, 2013, pp. 223 ss.

ESER/BOSCH, "§ 242", en S/S-StGB, 28.ª ed., Múnich, C.F. Müller, 2011, n.º m. 37 ss.

6. El envío deberá realizarse exclusivamente por correo electrónico a la dirección enletrapenal@enletra.com. Dentro de las 48 horas se contestará con un acuse de recibo.

7. Recibido el artículo, el Comité Editorial procederá a evaluarlo para su publicación en el próximo número de la Revista, de acuerdo con el procedimiento establecido. En todo caso, podrá solicitar al autor que realice modificaciones formales o sustanciales en su trabajo con anterioridad a su publicación.

PAUTAS SUSTANCIALES Y FORMALES PARA LA REMISIÓN DE RÉPLICAS Y DÚPLICAS

8. Son de aplicación las señaladas para el envío de artículos, a excepción de las siguientes:

a. El objeto de la réplica viene constituido por el texto replicado y la temática abordada por éste. El objeto de la dúplica resulta igualmente de la réplica y la temática en cuestión.

b. La extensión de la réplica o la dúplica será de 15 páginas como máximo.

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Y ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD

El envío de material a EN LETRA: DERECHO PENAL con miras a su publicación en la revista supone el conocimiento y aceptación de las presentes pautas por parte del autor o de los autores, la declaración formal de que dicho material es inédito y de su autoría, la cesión irrevocable a EN LETRA: DERECHO PENAL de los derechos de autor sobre aquél y la asunción exclusiva de responsabilidad por eventuales daños que la publicación del material pudiera causar a EN LETRA: DERECHO PENAL, sus integrantes o a terceras personas. A tal fin, en ocasión de notificar la aprobación del trabajo y antes de su publicación, se requerirá del autor o de los autores el envío de un compromiso firmado que se les hará llegar oportunamente.

***

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

El procedimiento de evaluación varía según los tipos textuales enviados a EN LETRA: DERECHO PENAL (artículos, réplicas, columnas, traducciones y comentarios bibliográficos), ya sea que se remita en virtud de la convocatoria editorial abierta y permanente o a través de una invitación a publicar del Comité Editorial de la revista.

Con respecto a los artículos, todo original es sometido a un proceso de dictamen por pares académicos bajo la modalidad doble ciego (*peer review double blind*). Antes de someter el artículo a evaluación de los árbitros, la Secretaría de Redacción realiza un primer informe sobre la adecuación del artículo a las pautas formales de la revista. En caso de incumplimiento de alguna pauta, se le solicitará al autor que modifique su trabajo. Posteriormente, se les asigna el trabajo a árbitros externos, especializados en la materia y con antecedentes equivalentes o superiores a los del autor. Cada dictamen concluirá con el voto por la aprobación o rechazo del trabajo, o el condicionamiento de su publicación a la realización de modificaciones por el autor. El resultado se alcanza por mayoría simple de votos y en cualquier supuesto de empate se estará por solicitar al autor las modificaciones señaladas. En todos los casos, los dictámenes fundados son remitidos al autor.

En cuanto al sistema de doble ciego (*double blind*), el procedimiento de evaluación es anónimo en dos sentidos. Por un lado, los árbitros ignoran la identidad del autor del material que evalúan; a tal fin, antes de la asignación del trabajo, la Secretaría de Redacción quita todo dato o indicio que pudiera conducir a conocer la autoría (nombre, afiliación institucional, agradecimientos, dedicatorias, etc). Por otra parte, los dictámenes individuales no son suscriptos por los evaluadores, de modo que éstos permanecen anónimos para el autor que recibe el resultado del arbitraje.

Las columnas solamente serán publicadas tras una invitación por parte del Comité Editorial y la decisión sobre su publicación se toma a partir de una mayoría simple de los miembros de dicho comité. Para los comentarios bibliográficos se procede de la misma forma, con la diferencia de que la convocatoria es abierta (no se requiere invitación).

***

EN LETRA
DERECHO PENAL

Año IV, N.º 6, Mayo de 2018

Dirección:
Leandro A. Dias (Dir.)
Carla Salvatori (Sub.)

Comité Editorial:
José R. Béguelin (Sec. de Edición)
Pablo D. Larsen (Sec. de Redacción)
Antonella Donnes
Ezequiel Jiménez
Santiago Mollis
Noelia T. Núñez
María Belén Rodríguez Manceñido
Alejandra Verde
Thomas Wostry

Consejo Académico:
Kai Ambos
María Laura Böhm
Hernán Bouvier
Alejandro Chehtman
Luis Chiesa
Fernando Córdoba
Marcelo Ferrante
George P. Fletcher
Luís Greco
Hernán Gullco
Alejandro Kiss
Máximo Langer
Marcelo D. Lerman
Marina Lostal Becerril
Ezequiel Malarino
María Laura Manrique
Juan Pablo Montiel
Héctor Olásolo Alonso
Daniel Pastor
Gabriel Pérez Barberá
Marcelo A. Sancinetti
Eugenio Sarrabayrouse
Patricia Ziffer