

E

EN LETRA

DERECHO PENAL

Año VI, N.º 11
Nov de 2020
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 Díaz

La Pampa 2670, 2.º piso

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.

DIRECCIÓN

Leandro A. DIAS (UNIVERSITÄT WÜRZBURG)

SUBDIRECCIÓN

José R. BÉGUELIN (UBA)

Noelia T. NÚÑEZ (UBA/CEPDAL)

Pablo LARSEN (UTDT/UBA)

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

Agustina SZENKMAN (UBA)

Lara BENÍTEZ (UIDESA)

COMITÉ EDITORIAL

Antonella DONNES (UBA)

M^a. Belén RODRÍGUEZ MANCENIDO (UBA)

Ezequiel JIMÉNEZ (MIDDLESEX UNIVERSITY)

Carla SALVATORI (UBA)

Santiago MOLLIS (CORNELL UNIVERSITY)

Thomas WOSTRY (UNIVERSITÄT DÜSSELDORF)

Diana VELEDA (UTDT)

Lucía SOLAVAGIONE (UNIVERSITÄT BONN)

Tomás FERNÁNDEZ FIKS (UN. MAR DEL PLATA)

Magdalena LEGRIS (LEIDEN UNIVERSITY)

CONSEJO ACADÉMICO

Kai AMBOS (UNIVERSITÄT GÖTTINGEN)

Ezequiel MALARINO (UIDESA/CONICET)

María Laura BÖHM (LMU MÜNCHEN)

María Laura MANRIQUE (CONICET)

Hernán BOUVIER (UNC/CONICET)

Juan Pablo MONTIEL (CRIMINT)

Alejandro CHEHTMAN (UTDT/CONICET)

Héctor OLÁSOLO ALONSO (UIROSARIO)

Luis CHIESA (SUNY BUFFALO LAW SCHOOL)

Daniel PASTOR (UBA)

Fernando J. CÓRDOBA (UBA)

Nuria PASTOR MUÑOZ (UPF)

Julieta DI CORLETO (UTDT)

José Milton PERALTA (UNC)

Marcelo FERRANTE (UTDT)

Gabriel PÉREZ BARBERÁ (UNC)

George P. FLETCHER (COLUMBIA LAW SCHOOL)

Ricardo ROBLES PLANAS (UPF)

Luis GRECO (HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN)

Marcelo A. SANCINETTI (UBA)

Hernán GULLCO (UTDT)

Eugenio SARRABAYROUSE (UBA)

Alejandro KISS (THE HAGUE UNIVERSITY)

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (UPF)

Máximo LANGER (UCLA)

Alejandra VERDE (UIDESA/UTDT)

Marcelo D. LERMAN (UBA/UIDESA)

Patricia ZIFFER (UBA)

Marina LOSTAL BECERRIL (THE HAGUE UNIVERSITY)



“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.

Tres 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.

EDITORIAL

COLUMNAS

La pandemia del coronavirus y el derecho penal de la medicina. Criterios de selección para la decisión de triaje en Alemania, Carsten Kusche, 7

DEBATES EN DERECHO PENAL

Presentación, Diana Veleda y Gabriel Pérez Barberá, 14

Sentencia “firme” y ejecución inmediata de la condena. Los límites constitucionales de la presunción de inocencia, Gabriel Pérez Barberá, 18

Sobre la ejecución inmediata de la condena penal, E. Matías Díaz, 27

Respuesta a Matías Díaz, Gabriel Pérez Barberá, 38

ARTÍCULOS

El discurso del odio en clave penal – un primer acercamiento, Anna Richter, 49

¿Dolo sin conocimiento? Reflexiones en torno a la condena por defraudación fiscal de Lionel Messi, Ramon Ragués I Vallès, 72

¿Dolo como indiferencia? Una discusión con Michael Pawlik sobre ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada, Gabriel Pérez Barberá, 91

Elitismo penal: Encarcelamiento masivo, populismo y *expertise* en la política criminal contemporánea, Marcos Aldazabal, 140

TRADUCCIONES

El delito y la pena en Karl Marx, Michael Pawlik, 177

La presunción de autoridad del soberano (también conocida como presunción de inocencia), Peter Ramsey, 197

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

EDITORIAL

COLUMNS

The Coronavirus pandemic and medical criminal law. Selection criteria for triage decisions in Germany, Carsten Kusche, 7

CRIMINAL LAW DISCUSSIONS

Introduction, Diana Velea y Gabriel Pérez Barberá, 14

“Final” decision and immediate enforcement of the sentence. The constitutional limits of the presumption of innocence, Gabriel Pérez Barberá, 18

On the immediate enforcement of a criminal sentence, E. Matías Díaz, 27

A reply to Matías Díaz, Gabriel Pérez Barberá, 38

ARTICLES

Hate speech from a criminal law point of view – a first approach, Anna Richter, 49

Dolus without knowledge? Reflections on tax fraud conviction of Lionel Messi, Ramon Ragués I Vallès, 72

Intent as indifference, Gabriel Pérez Barberá, 91

Penal elitism: On populism, expertise and mass incarceration, Marcos Aldazabal, 140

TRANSLATIONS

Karl Marx über Verbrechen und Strafe, Michael Pawlik, 177

The Sovereign’s Presumption of Authority (also known as the Presumption of Innocence), Peter Ramsey, 197

GUIDELINES FOR SUBMISSION OF ARTICLES

EVALUATION PROCEEDINGS

Este número de En Letra: Derecho Penal fue desarrollado en medio de la pandemia mundial causada por el Coronavirus. A pesar de las dificultades y de las pérdidas, tanto materiales como inmateriales, el equipo editorial ha podido trabajar en un número especialmente robusto, con la colaboración indispensable de autores y autoras que confían a diario en la revista. Por esa razón, esta edición resulta especialmente importante para quienes trabajamos en este proyecto.

Y a pesar de las dificultades, se está en condiciones de presentar dos novedades importantes. Por un lado, se han incorporado al Consejo Académico distintas figuras de nivel internacional: Jesús-María Silva Sánchez, Ricardo Robles Planas, Nuria Pastor Muñoz y José Milton Peralta. Estas incorporaciones intentan reflejar el compromiso del equipo editorial por lograr excelencia académica en la publicación, así como la necesidad de intercambio científico con los más prestigiosos juristas de Iberoamérica.

Por otro lado, en este número aparece la primera edición de “Debates en Derecho Penal”, una nueva sección a cargo de Gabriel Pérez Barberá y de Diana Veleza, que tiene como objetivo fortalecer el diálogo entre penalistas en habla hispana. Como es sabido, no siempre es posible discutir científicamente en el ámbito penal iberoamericano, por una serie de razones extra-científicas que solo impiden el desarrollo de la disciplina. Desde En Letra: Derecho Penal, y en colaboración con la Universidad Torcuato Di Tella, se intentará modificar esta situación desde la revista.

Esperamos que este número sea una muestra de que incluso en las peores etapas de la humanidad es posible realizar un trabajo académico serio y contribuir al avance del conocimiento del derecho penal en general.

LA PANDEMIA DEL CORONAVIRUS Y EL DERECHO PENAL DE LA MEDICINA CRITERIOS DE SELECCIÓN PARA LA DECISIÓN DE TRIAJE EN ALEMANIA

Dr. Carsten KUSCHE*

Fecha de recepción: 23 de febrero de 2021

Fecha de aceptación: 1.º de marzo de 2021

I. Introducción

La pandemia de coronavirus ha llamado la atención sobre un dilema de la ética médica, ya muy discutido, especialmente en el contexto de los conflictos armados: la decisión de triaje médico. El término “traje” se utiliza para describir un procedimiento de distribución de la asistencia médica cuando los recursos son insuficientes. Se debe hacer “traje”, por tanto, cuando hay más necesidad que capacidad de atención médica. En la pandemia de coronavirus, la escasez de recursos puede estar relacionada en particular con el número de camas de cuidados intensivos disponibles y de respiradores. Pero también debe haber suficiente personal hospitalario para atender a los pacientes infectados con coronavirus. El año pasado, p. ej., hubo que hacer un triaje en Italia y actualmente es necesario en Portugal. Entonces esto puede convertirse en una cuestión de quién probablemente sobreviva y quién probablemente muera.

Llama la atención que no parece estar del todo claro cómo debemos afrontar en cuanto sociedad esta situación francamente trágica, es decir, sobre todo, sobre la base de *qué criterios* decidimos, en el ejemplo paradigmático en el que solo se dispone de un respirador en un hospital, si se debe tratar al paciente A o al B, cuando la supervivencia de ambos depende de una intubación. Al menos en Alemania y la Argentina, la decisión de triaje médico —salvo en lo que respecta a la asignación de órganos en virtud de la Ley de Trasplantes— no está regulada por la ley y en la ciencia del derecho penal, que es la que hasta ahora ha tratado más intensamente el tema, no hay en absoluto acuerdo

* El autor es asistente científico en la Cátedra de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Teoría Jurídica, Derecho de la Información e Informática Jurídica (Prof. Dr. Dr. *Eric Hilgendorf*) en la Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Trad. de Leandro A. Dias (Universität Würzburg). Se mantuvo el formato de citas del original.

sobre los criterios en los que debe basarse la decisión de selección.¹ Existen varias recomendaciones de triaje, como las del Consejo de Ética de Alemania, la Asociación Médica Alemana o las distintas sociedades médicas. Pero no son vinculantes. Esto plantea no solo la cuestión de *qué* criterios de selección deben constituir la base de la decisión de triaje, sino también si estos criterios de selección deben estar establecidos *legalmente* y, por último, cuáles deben ser las consecuencias si se infringen estos requisitos legales. Las siguientes consideraciones intentan estimular el debate sobre el tratamiento jurídico de la decisión de triaje no solo en Alemania, sino también en la Argentina.

Es evidente que los criterios de decisión del triaje —sin importar ahora quién ha de determinarlos— deben respetar los valores de la respectiva constitución estatal. En Alemania, la compatibilidad con el contenido garantizado de la dignidad humana del artículo 1 de la Ley Fundamental (GG) será especialmente importante. De la dignidad humana se desprende que toda vida tiene el mismo valor y que, por tanto, las vidas *no* pueden *ser ponderadas* entre sí.² El problema fundamental en nuestro caso es que en la situación de triaje difícilmente podamos evitar esa “ponderación” ya en el nivel fáctico —al menos en la decisión a favor de la vida de A y en contra de la vida de B o viceversa—. Porque (en casos extremos) una de esas personas tiene que morir.

Otro factor será si la distinción entre dos constelaciones de triaje se considera importante para la selección de los criterios de decisión. Normalmente, las tomas de posición en Alemania diferencian entre el llamado triaje *ex ante* y *ex post*.³ en el triaje *ex ante*, sigue habiendo un respirador libre y hay que decidir cuál de dos pacientes, A o B, lo recibirá. En el triaje *ex post*, el último respirador ya ha sido asignado a A y entonces se añade B, para quien no hay más respiradores disponibles.

II. Los criterios de selección jurídicamente no vinculantes de las sociedades médicas y del Consejo de Ética de Alemania

Un breve análisis de las directrices para la toma de decisiones —jurídicamente no vinculantes— que ya existen servirá de introducción al debate sobre los posibles criterios de selección para las decisiones de triaje. Se trata, a modo de ejemplo, de las ofrecidas por el Consejo de Ética de

¹ Sobre esta discusión, p. ej., *Engländer/Zimmermann*, NJW 2020, 1398; *Gaede/Kubiciel/Saliger/Tsambikakis*, medstra, 2020, 129; *Hoven*, JZ 2020, 449; *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704; *Sowoda*, NStZ 2020, 452; *Sternberg-Lieben*, MedR 2020, 627.

² Fundamental BVerfG NJW 2006, 751 (nulidad de la autorización para derribar una aeronave en la Ley de Seguridad Aérea alemana); desde la perspectiva del derecho penal, en lugar de muchos, *Erb*, en: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 34, n.º m. 143 ss.

³ Véanse las referencias en la nota 1.

Alemania y por las sociedades médicas. La Asociación Interdisciplinaria Alemana de Cuidados Intensivos y Medicina de Emergencia se centra, en primer lugar, en la urgencia, es decir, en la cuestión de si se necesitan cuidados médicos intensivos y en qué medida.⁴ Si esto es igualmente cierto para A y B, la asignación de recursos debe basarse en el criterio de la *perspectiva de éxito* clínico. Por tanto, si A tiene pocas chances de sobrevivir y B tiene más, B debe recibir el respirador. La Asociación de Medicina Intensiva y de Emergencia está explícitamente comprometida con el objetivo de minimizar el número de muertes evitables debido a la escasez de recursos.

Se podría pensar que este enfoque, es decir, la orientación hacia la urgencia y la perspectiva de éxito del tratamiento, es inicialmente comprensible de forma intuitiva. Sin embargo, hay que destacar que —tal como se mostrará en breve— es bastante controvertida desde el punto de vista jurídico con respecto al criterio de perspectiva de éxito. Asimismo, cabe destacar que, según las recomendaciones de la Asociación Interdisciplinaria Alemana de Cuidados Intensivos y Medicina de Emergencia, estos criterios también deberían aplicarse al llamado triaje *ex post*, es decir, que —por “consideraciones de justicia”— los pacientes que ya están recibiendo tratamiento también deberían incluirse en la “batalla” por dicho tratamiento.⁵

III. Perspectiva del Consejo de Ética de Alemania y la opinión dominante en el derecho penal

El Consejo de Ética de Alemania ve las cosas de forma algo diferente. Sin embargo, es sorprendente que argumente más desde un punto de vista jurídico que ético: con respecto al triaje *ex-ante* —es decir, cuando un dispositivo aún está disponible— cree que el derecho no conoce ningún criterio de selección positivo para esta decisión. Se puede decidir libremente si A o B recibe el último dispositivo.⁶ Pero si A ya ha sido conectado al dispositivo, es decir, en casos de triaje *ex post*, las cosas serían diferentes. Si el médico le arrebatara entonces el dispositivo a A e intuba a B, esto sería antijurídico y, como mucho, exculpable en el caso individual.⁷ Esta es, de hecho, la opinión dominante, al menos en la ciencia jurídico-penal. Según este punto de vista, en el caso del triaje *ex ante*, cualquier decisión basada en el concepto jurídico de colisión de deberes justificante se

⁴ Las recomendaciones de triaje de la Asociación Interdisciplinaria Alemana de Cuidados Intensivos y Medicina de Emergencia están disponibles en: <https://www.divi.de/joomlatools-files/docman-files/publikationen/covid-19-dokumente/200417-divi-covid-19-ethik-empfehlung-version-2.pdf>.

⁵ Recomendaciones de triaje (nota 4), p. 8.

⁶ Consejo Alemán de Ética, Solidaridad y responsabilidad en la crisis de coronavirus, p. 4, disponible en: <https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Ad-hoc-Empfehlungen/deutsch/ad-hoc-empfehlung-corona-krise.pdf>.

⁷ Consejo Alemán de Ética, Solidaridad y responsabilidad en la crisis de coronavirus (nota 6), p. 4.

encuentra justificada, mientras que la extubación del paciente ya conectado al respirador en la situación *ex post* es punible como homicidio activo porque, al no existir una colisión de dos deberes de actuar, el concepto de colisión de deberes justificante no es aplicable en este caso y una justificación basada en el estado de necesidad según el § 34 es inadmisibles dado que no existe la posibilidad de realizar una ponderación entre vidas (chances de vivir).⁸

IV. La dignidad humana como argumento para basar la decisión en la perspectiva de éxito del tratamiento

Por tanto, se enfrentan dos perspectivas bastante diferentes: las sociedades médicas siempre quieren centrarse, al menos también, en una comparación de las perspectivas de éxito como criterio de distribución. El Consejo de Ética y la opinión hasta ahora dominante, al menos en la ciencia jurídico-penal, quieren, primero —si es que todavía está disponible un aparato— declarar lícita cualquier clase de decisión. Entonces, cuando se distribuya el último aparato, deberá permanecer allí, aunque un nuevo paciente tenga más chances de sobrevivir. Si uno se pregunta cómo se llega a estas diferentes opiniones, en última instancia siempre se llega a la cuestión de qué es lo que la dignidad humana del art. 1, GG, *manda o prohíbe*.

Que en el triaje *ex ante* cualquier distribución de un respirador a A o B sea conforme a derecho puede basarse en la proposición de que cada vida tiene el mismo valor. No puede ser entonces que A o B tengan un derecho a que se les otorgue una preferencia. No importa que A tenga un 80% de chances de sobrevivir cuando es intubado y que B solo tenga un 20%. El médico puede utilizar el criterio de la perspectiva de éxito, pero no es un deber para él. También puede tirar una moneda al aire. Y una vez que B ha recibido el respirador, se puede argumentar —aunque sus chances de supervivencia disminuyan aún más en comparación con las de A, pero sigan existiendo— que toda vida vale lo mismo, independientemente de la duración que pueda tener. Si, en cambio, la pequeña chance de salvar al ya intubado B se sacrifica a favor de salvar el mayor número posible de vidas humanas —en este caso, por tanto, en primer lugar, de A—, se puede argumentar que B es degradado a mero objeto para salvar a otros, a una cantidad estadística.

Al menos cuando las perspectivas de éxito puedan determinarse rápidamente y difieran de forma significativa, es probable que esta opinión plantee la cuestión de cuál debe ser la alternativa al criterio de la perspectiva de éxito. Porque si siempre se tuviera que concluir de la existencia de un

⁸ Para conocer la opinión dominante y las críticas cada vez más frecuentes a esta solución, véanse las referencias de la nota 1.

determinado criterio de selección que la vida le otorga un mayor valor a la vida que se corresponda con ese criterio, siempre se tendría que llegar a una violación de la llamada igualdad básica de toda vida en las situaciones de triaje. La consecuencia tendría que ser entonces que nadie reciba el bien escaso.

Pero esa no puede ser la intención. Creo que el principio de igualdad básica debería *mandar*, más que *prohibir*, la consideración de las perspectivas de éxito del tratamiento. En cambio, si *se deja pasar una alta* posibilidad de salvar a una persona A en favor de la salvaguarda de una *baja* posibilidad de salvar a otra persona B, esto *equivale* a una mayor valoración de la vida de un paciente, es decir, del paciente con *menor* posibilidad de ser salvado.⁹ Esto no cambia si se justifica el intento de salvar a B, cuya posibilidad es del 20%, en comparación con el fracaso de salvar a A, que habría tenido un 80% de posibilidades de sobrevivir, con un sorteo, es decir, el *azar*. Porque entonces todos tienen las mismas posibilidades de *tratamiento*, pero no de *supervivencia*. Si se ignora por completo la situación concreta e individual del afectado desde el principio, en mi opinión se le degrada aún más a una cantidad estadística. En este sentido, el mandato de igualdad de derechos parece abogar por la exigencia de una diferenciación objetiva y no arbitraria.

Al menos desde un punto de vista ético, parece haber algunas pruebas a favor de no excluir la perspectiva de éxito como criterio de selección ya desde el principio, incluso en el caso del triaje *ex post*, es decir, cuando un nuevo paciente se incorpora después de haberse agotado la capacidad. Por supuesto que en este caso las consideraciones basadas en la protección de la confianza hablan claramente en contra de terminar la intubación de, p. ej., A en favor del recién ingresado B. Sin embargo —y esto debería ser de importancia primordial—, B tiene el mismo derecho a participar en la atención médica que A. Al menos en situaciones extremas de triaje, en las que parece ser *pura coincidencia* que A ingrese veinte minutos antes que B o B quince minutos antes que A, el argumento de la protección de la confianza legítima no resulta convincente. El momento puramente azaroso del primer contacto con el personal médico no es un criterio válido para una distribución de recursos éticamente adecuada, al menos no en la forma absoluta defendida hasta ahora. No obstante, yo también asumiría en que, en los resultados, la persona con la que se contacta primero habría de recibir un trato preferente. Por consiguiente, el requisito para una interrupción del tratamiento debe ser, en cualquier caso, una perspectiva de éxito muy evidente del tratamiento del paciente

⁹ Así también Frister, en Hilgendorf/Hoven/Rostalski, Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft (de próxima publicación).

recién ingresado. A este respecto, probablemente habrá que exigir desviaciones mucho más flagrantes que en el caso del triaje *ex ante*.

V. Alegato a favor de una acción legislativa

El legislador debe definir los criterios de selección para la decisión de triaje. Esto es así por razones de seguridad jurídica, ya que hasta ahora se ha dejado a la profesión médica a su suerte. En general, sin embargo, no es tarea de las asociaciones médicas, ni mucho menos del médico individual, decidir cómo debe realizarse el triaje. Porque aquí no se trata de si tiene sentido tratar a *algún* paciente, sino de tratarlo en lugar de otro, es decir, de darle *preferencia*. Este problema de *distribución* personal no puede ser resuelto únicamente por la medicina como *ciencia natural*, sino que depende de las directrices de *valoración* de la ética y del derecho para resolver los conflictos de objetivos. En este sentido, el legislador no debe mantenerse callado por la suposición de que la profesión médica llegará a decisiones de triaje defendibles.

VI. Conclusión

Una orientación establecida legalmente de la decisión de selección sobre el criterio de la perspectiva de éxito es preferible a las decisiones aleatorias y, en la situación *ex post*, también al principio de primer acceso al tratamiento médico. En los casos de flagrante desprecio de este principio, también se debe asumir la existencia del ilícito del homicidio si una persona con muchísimas más chances de supervivencia que un paciente preferido por el médico muere debido al fracaso de la atención médica.

Aparte del hecho de que se pueden ver las cosas de forma diferente a como se presentaron en el presente artículo, p. ej., sobre la base de una interpretación diferente de la garantía de la dignidad humana, por supuesto, siempre existe el problema de si las respectivas perspectivas de éxito del tratamiento pueden determinarse tan claramente como se supuso aquí. Por supuesto, también existe el problema de que las perspectivas de éxito pierden poder de persuasión como criterio si las posibilidades de supervivencia son similares. En ese caso, probablemente se requiera cautela en la asunción del ilícito del homicidio y se plantea la cuestión de si puede o no haber más criterios en los que se deba basar la decisión de triaje. Uno de estos criterios concebibles, aunque también muy

controvertido, es la edad de las personas afectadas. Probablemente, esto sigue siendo objeto de debate.¹⁰

¹⁰ Las primeras contribuciones al debate sobre la edad como criterio para las decisiones de triaje pueden encontrarse, p. ej., en *Hoven*, JZ 2020, 449; *Merkel/Augsberg*, JZ 2020, 704; *Tuñón*, en: Hilgendorf/Hoven/Rostalski, Triage in der (Strafrechts-)Wissenschaft (de próxima publicación).

DEBATES EN DERECHO PENAL

Dirección: Diana VELEDA Y Gabriel PÉREZ BARBERÁ

Presentación

Como profesores de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella (en adelante, UTDT), nos resulta muy grato presentar esta nueva sección de la revista *En Letra. Derecho Penal* (en adelante, *ELDP*). Quienes se han formado en la UTDT saben que su Escuela de Derecho ha estado siempre interesada en complementar la formación de sus estudiantes —tanto de grado como de posgrado— con actividades que las y los vinculen en forma más directa con sus funciones profesionales específicas.

Esas actividades pueden estar ligadas al ejercicio de la profesión de abogadas o abogados —en la defensa, pública o privada, en la judicatura o en el ministerio público fiscal—, o también a la academia, a la que pueden dedicarse tanto en forma parcial como en tiempo completo. En cualquiera de esos desempeños es esencial debatir con colegas, sea para defender un caso, para acusar, para juzgar —deliberando con pares— o para fundamentar científicamente una idea. De hecho, la Escuela de Derecho de la UTDT tiene la convicción de que la actividad científica es inexorablemente colectiva: se va construyendo a partir de un diálogo —o debate— franco y permanente entre colegas, sin que deba prestarse atención a lugares de pertenencia, “escuelas” o cualquier otro sesgo que coarte el libre pensamiento.

Pues bien, debatir —para criticar un argumento o para defenderlo— requiere práctica; es, de hecho, una práctica que, como tal, tiene que ser aprendida. Es importante conocer adecuadamente sus características y reglas esenciales, como por ejemplo (y entre muchas otras): que la crítica es siempre bienvenida porque es lo que permite que las ideas evolucionen y se perfeccionen, y que por tanto no corresponde ofenderse frente a la crítica sino, antes bien, estimularla; que la crítica debe tener por objeto siempre a argumentos, no a las personas que argumentan; que la crítica debe ser penetrante para que tenga sentido, pero siempre respetuosa de los cánones elementales de cortesía y buen trato que deben primar entre colegas, etcétera. Con todo, creemos que una manera de acercarnos a esta práctica y conocer sus pormenores es verla en acción, es decir: ver —y leer— a personas debatiendo.

Además, entre los penalistas argentinos y, en particular, en el ámbito académico, no es nuevo cierto pesar por la falta de un debate asiduo de ideas. Nos referimos a un debate genuino, público y por escrito entre colegas que se tratan como iguales frente al único parámetro de validación que cuenta, que es el del buen argumento. Muestra de que este pesar no es nuevo son las palabras de Carlos Nino, quien ya había expresado una desazón semejante en un debate que mantuvo con Jaime Malamud Goti a fines de 1970 en el n.º 4 de la revista “Doctrina Penal”. Allí Nino, con referencia al ambiente jurídico-penal de aquella época, dijo algo que, creemos, puede describir bastante bien la situación actual:

“Me refiero a lo raro que resulta asistir a un auténtico debate teórico, a un genuino intercambio de ideas, a un intento serio de pensar en común ciertos problemas... [E]n nuestro medio, cuando hay alguna reacción, ella suele ser blanda con gratulación, o una cita de compromiso, o una... embestida que está dirigida... no a los argumentos de cierto autor, sino al autor de esos argumentos. En cualquiera de esos casos, se pierde la oportunidad de progresar evitando los errores o apoyándose en los aciertos de otros o de uno mismo” (p. 767).

Todas estas razones explican la iniciativa de comenzar a publicar, en la revista *En Letra. Derecho Penal* (en adelante, *ELDP*) esta sección de “Debates en Derecho Penal” (en adelante, *DDP*). El objetivo es el que ya expresamos: promover la práctica del debate entre personas dedicadas al derecho penal (en sentido amplio, que incluye, naturalmente, al derecho procesal penal, a la criminología y cualquier otra disciplina que tenga por objeto el análisis de las instituciones penales), jóvenes o consagradas, estudiantes o graduadas. La actividad está dirigida abiertamente a la comunidad en general, argentina y global. De hecho, nuestra aspiración es que este nuevo espacio albergue debates entre colegas de todas las universidades y centros académicos, tanto del país como del extranjero.

Es sabido que *ELDP* es una revista que tiene ya experiencia en estimular el debate público; y que, además, va en camino de posicionarse como una de las publicaciones periódicas de derecho penal más prestigiosas, tanto en el país como en Latinoamérica. Este es un lugar bien ganado, debido a la constante preocupación de sus editoras y editores, desde su fundación, por lograr la mejor indexación internacional, a partir de la aplicación de estándares estrictos de referato doble ciego a sus publicaciones. De hecho, desde hace dos años *ELDP* forma parte del Catálogo Latindex 2.0, lo que la convierte en la primera revista argentina de derecho penal en lograr esa clase de acreditación

internacional. Por eso nuestro trabajo estará siempre guiado por la pretensión de lograr que los debates contenidos en la sección tengan el nivel de excelencia propio de la revista.

ELDP tiene una periodicidad de dos números al año, por lo que podrá contarse con la publicación de esa misma cantidad de debates. Éstos deberán atenerse a las reglas de estilo y de extensión que les serán informadas a quienes debatan por parte de la dirección de *DDP*. La idea es que ambos textos —el debatido y el que debata— aborden, con cuidada fundamentación, problemas de derecho penal con relevancia tanto teórica como práctica, de actualidad o con nuevas miradas sobre viejas discusiones.

El debate que la sección albergue no se agotará en la publicación escrita. En fecha próxima a la publicación de cada debate procuraremos organizar en la UTDT seminarios abiertos (virtuales o presenciales, según lo permitan las condiciones sanitarias imperantes). Allí expondrán brevemente sus puntos de vista las dos personas que debatan, para que luego pueda generarse otra discusión — en este caso oral— entre ellas y quienes asistan al evento. Esto favorecerá la difusión de las ideas generadas en este marco y su integración con todavía más voces de la plural comunidad académica.

Algo más acerca del nacimiento de los *DDP* puede exhibir fielmente las motivaciones que nos guían. En este número debatirá una de las personas que dirige la sección. Esto se debe a que, en verdad, lo que ocurrió primero fue el debate entre Matías Díaz y Gabriel Pérez Barberá. Y fue lo provechoso de esa experiencia lo que dio lugar a la convicción sobre la necesidad de generar un espacio adecuado para fomentarla y expandirla.

Los debates, entonces, ya están en marcha. Para el número siguiente contaremos con la posibilidad de discutir las ideas de María Laura Manrique en su texto titulado “¿Debe probarse el odio? Consideraciones en torno a la sentencia del caso Diana Sacayán”, publicado en *Quaestio Facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, n.º 2, 2021, pp. 411-441 (puede obtenerse el pdf desde aquí: <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22494>). María Laura es doctora en derecho por la Universidad Pompeu Fabra e investigadora adjunta en CONICET. Quien desee debatir con ella no tiene más que dirigir un correo a cualquiera de las siguientes direcciones: dveleda@mail.utdt.edu; g.perezbarbera@utdt.edu. También deseamos recibir allí sus aportes y sugerencias para los debates que sigan.

En este número debaten, entonces, Matías Díaz y Gabriel Pérez Barberá, sobre un tema de singular actualidad e impacto práctico: desde un punto de vista constitucional, ¿es correcto que deba aguardarse al resultado de la revisión de una condena para que ésta pueda ser ejecutada? ¿O debe

entenderse que la condena dictada por el tribunal de juicio es inmediatamente ejecutable? La respuesta requiere un examen minucioso del alcance de la presunción de inocencia y del derecho al recurso, ambos, ciertamente, constitucionales. Quienes debaten aquí ofrecen lecturas muy diferentes de ambas garantías. La polémica queda abierta y allí están expuestos ambos argumentos para que la discusión continúe enriqueciéndose con aportes ulteriores.

Con singular entusiasmo por este nuevo proyecto colectivo, esperamos encontrarlos nuevamente, en cada debate en derecho penal.

Diana Velea

Prof. invitada de derecho penal

UTDT

Gabriel Pérez Barberá

Prof. ordinario de derecho penal

UTDT

SENTENCIA “FIRME” Y EJECUCIÓN INMEDIATA DE LA CONDENA. LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA *

Gabriel PÉREZ BARBERÁ **

I.

En los medios de comunicación, recientemente, ha tenido mucho impacto la decisión, tomada por la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal, de poner en vigencia su art. 375, que establece que una sentencia sólo será ejecutable una vez que se encuentre firme. A mi juicio, sin embargo, esa incorporación normativa no tiene por qué generar cambio alguno en la praxis procesal actual en materia penal. Porque el legislador, en dicha norma, ha intentado establecer una interpretación auténtica de lo que significa “sentencia ejecutable”, indicando que por ello ha de entenderse “sentencia firme”. Pero al proceder de ese modo no ha advertido que la ambigüedad central reside — y siempre ha residido — en determinar qué significa, precisamente, “sentencia firme”, por lo que, en definitiva, no ha ofrecido ninguna solución.

Es perfectamente posible, por tanto, continuar entendiendo por “sentencia firme” lo dicho hace tiempo ya por la Cámara Federal de Casación Penal en el plenario “Agüero” del año 2002, a saber: “establecer como doctrina plenaria que en el supuesto de un recurso de casación declarado mal concedido por esta Cámara y recurrido por vía extraordinaria, se considera *firme* la sentencia cuando este tribunal declara inadmisibile al recurso extraordinario federal” (cursiva agregada).

Es sabido, asimismo, que la distinción entre ejecutabilidad y firmeza, intentada por la CSJN en un mero *obiter* del fallo “Olariaga” del 26/06/2007, en lo conceptual tampoco ha contribuido en nada a zanjar dicha cuestión en el plano federal. Pero, fuera de ello, precisamente porque se trata

* El contenido de esta columna de opinión es una síntesis de una parte del capítulo sobre recursos que escribí para el tomo IV del *Tratado de derecho procesal penal* de Julio Maier, en prensa en editorial Ad-Hoc. Véase, asimismo, PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “Ejecución inmediata de la condena y efecto suspensivo de los recursos: algunos límites constitucionales a la presunción de inocencia”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Buenos Aires, año XI, n° 5, 2021, pp. 47 y ss., que es, a la vez, una versión más amplia de lo que aparece publicado aquí para esta sección de “Debates en Derecho Penal”.

** Doctor en derecho. Profesor titular, por concurso, de derecho penal, parte general, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor ordinario en la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella (Buenos Aires). Ex becario de la Fundación Alexander von Humboldt, de la Sociedad Max Planck y del Servicio Alemán de Intercambio Académico. Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (Buenos Aires).

de un *obiter* tal distinción no integra el *holding* de ese caso y no vale, por tanto, como precedente. Por eso hasta hoy la casación federal, con razón, ha continuado aplicando la doctrina del citado plenario “Agüero”, de la que, por lo dicho, no correspondería que se aparte en función de este “nuevo” art. 375 del CPP Federal.

Es cierto que lo dicho en aquel plenario constituye una mera solución *ad-hoc*, inconsistente con la definición de “firmeza” generalmente aceptada, a saber: ausencia de recursos pendientes. Sin embargo, tal interpretación tiene su explicación profunda, a mi juicio, en el hecho de que los tribunales han advertido cuán insostenible es que haya que esperar hasta que una sentencia esté *realmente* firme, desde el punto de vista del derecho interno, para que una condena pueda ser ejecutada.

Nada debería cambiar, entonces, por la puesta en vigor del citado art. 375 del CPP Federal: la alarma — sobre todo mediática — que esto ha producido es, sin dudas, exagerada. Pero de eso no se sigue que la práctica que hoy tenemos en materia penal (esa que no se vería afectada por la incorporación de dicha norma procesal) sea digna de elogio. Muy por el contrario, se trata de una praxis que genera ya, incluso sin esta supuesta modificación, muy serios problemas tanto en el funcionamiento como en la imagen institucional de la administración de justicia en Argentina. De acuerdo con esa práctica, que ya tiene bastante tiempo en nuestro país, no es posible ejecutar una condena inmediatamente después de que ha sido dictada por el tribunal de juicio. Y eso, a mi juicio — y en contra de lo que usualmente se dice —, de ninguna manera es impuesto por la Constitución. A continuación, me ocuparé únicamente de esto último, que es donde, según creo, reside el verdadero problema.

II.

En el marco del CPP Nación hoy vigente, el recurso de casación del imputado contra la sentencia condenatoria tiene efecto suspensivo. Esto quiere decir que, si se interpone dicho recurso, la condena no puede ser ejecutada. Lo mismo ocurre con el recurso del imputado contra esa sentencia en el marco del nuevo CPP Federal. Que estos recursos tengan ese efecto suspensivo respecto de la ejecutabilidad de la condena sería una conclusión normativamente válida que estaría fundada en los artículos de esos códigos que lo establecen como regla general (CPP Nación, 442; CPP Federal, 347); y a su vez en que, en la normativa específica sobre casación, no hay una excepción explícita a dicha regla general.

Me interesa aquí objetar la aparente — y hasta ahora, en Argentina, casi indiscutida— plausibilidad de esa solución legislativa, y de la consecuente praxis judicial que la ha seguido, sobre todo en los últimos años y a nivel federal. Que a causa de aquel efecto suspensivo la condena no pueda ser ejecutada inmediatamente después de declarada la culpabilidad del acusado da lugar a varias consecuencias problemáticas. Entre éstas, la que produce más estrépito es, seguramente, que no sea encarcelado en ese momento quien, habiendo transcurrido el juicio en libertad, es condenado a una pena de prisión de cumplimiento efectivo.

A mi juicio, el efecto suspensivo del recurso de casación del imputado contra la condena no rige, porque es perfectamente posible considerarlo excepcionado por normas específicas relativas, precisamente, a la ejecución de esa clase de sentencia. He desarrollado ese argumento en otro lugar (véase más arriba la única nota a pie de esta columna), y por razones de espacio no puedo reproducirlo aquí. Ahora bien, la comprensión tradicional del efecto suspensivo de ese recurso, pese a la perplejidad que genera en quien no está familiarizado con nuestra disciplina, tendría su justificación, no obstante, en dos argumentos. Ambos, supuestamente, de índole constitucional, o que se fundamentan en una determinada lectura —a mi juicio equivocada— de normas constitucionales que establecen derechos fundamentales. A continuación, examinaré críticamente los dos argumentos.

III.

De acuerdo con un primer argumento, podría sostenerse que, si el imputado tiene un derecho constitucional a una revisión integral de la sentencia de condena (CADH, 8, inc. 2, *h*), entonces la interposición de ese recurso tiene que tener efecto suspensivo, pues de lo contrario la condena comenzaría a ejecutarse y, de ese modo, el imputado sufriría ya el agravio que el derecho en cuestión pretende conjurar.

Contra esto, sin embargo, es necesario señalar que la mencionada norma convencional no consagra un derecho a no ser condenado, ni, por tanto, a no sufrir los efectos propios de una condena (en especial, la privación de libertad); un tanto pleonásticamente hay que decir que sólo consagra un derecho a que la condena, y sus efectos, sean *revisados*. Esta norma de rango constitucional no obliga, entonces, a que el derecho interno establezca, respecto de ese recurso, un efecto suspensivo con tal alcance, y que por tanto prohíba que la condena, y en particular la privación de libertad que eventualmente imponga, pueda ser ejecutada inmediatamente después de terminado el juicio. Cabe concluir, en suma, que el derecho al recurso establecido en el mencionado

art. 8.2.h de la CADH no confiere al condenado a una pena de prisión efectiva un derecho constitucional a aguardar en libertad el resultado de la revisión de esa sentencia.

Sería muy cómodo atribuir todos los males de la práctica actual en materia de ejecutabilidad de las condenas a la vigencia de este derecho constitucional a una revisión integral de la sentencia que declara culpable a una persona. Creo haber demostrado, sin embargo, que el problema no reside en la mera vigencia de esa garantía, sino en extender indebidamente su alcance.

IV.

El segundo argumento se vincula con el alcance de la presunción de inocencia, también expresamente consagrada en el bloque constitucional (CADH, 8, inc. 2; PIDCP, 14, inc. 2). Este fundamento tiene más peso y es, de hecho, el más utilizado para justificar esta práctica tanto en la literatura como en las decisiones judiciales. Sin perjuicio del innegable poder persuasivo de este argumento, a mi modo de ver tampoco merece aprobación, al menos no como argumento *constitucional*.

El núcleo central de la fundamentación que objetaré reside en tres afirmaciones: según la primera, la presunción de inocencia consagrada constitucionalmente se mantiene hasta tanto la declaración de culpabilidad pueda ser considerada “firme”, en el sentido de que haya adquirido una estabilidad especial, propia de lo que se conoce como cosa juzgada. De acuerdo con la segunda afirmación, una sentencia de condena quedaría “firme”, y por tanto hasta ese momento regiría la presunción constitucional de inocencia, sólo una vez que ya no queden recursos pendientes en favor del condenado. Finalmente, según la tercera afirmación, entre los alcances de la presunción constitucional de inocencia se incluye el derecho no sólo a no ser considerado culpable mientras aquella rija, sino también a no ser *tratado* como tal.

Esto último sería lo que impediría encarcelar de inmediato a quien se condena, porque si hay algo que, paradigmáticamente, implica tratar a alguien como culpable, es su encierro en prisión. Es claro, sin embargo, que en lo que atañe a la presente discusión esta tercera afirmación es relevante sólo en la medida en que se consideren correctas las dos anteriores, lo cual, enseguida, negaré.

A continuación, en efecto, intentaré demostrar que aquellas dos primeras afirmaciones son incorrectas, o que por lo menos no pueden tener el alcance que se les ha asignado desde la jurisprudencia y la doctrina; y que ello, como dije, torna *irrelevante* a la tercera afirmación, cuya corrección, desde luego, no pretendo objetar. Por lo pronto, no es verdad que esta práctica que

impide ejecutar de inmediato una sentencia condenatoria tenga sustento constitucional, en el sentido fuerte de que la Constitución (o el bloque de constitucionalidad) *imponga* esa solución. Una parte de dicho argumento (a saber, la exigencia de sentencia “firme” para desactivar la presunción de inocencia) tiene, ciertamente, base legal: CPP Nación, 1; CPP Federal, 3; CPP Córdoba, 1. Pero ya se verá que ese alcance — si el término “firme” es entendido al modo tradicional— sobrepasa al constitucional. Esta argumentación será *de lege ferenda* (es decir: cómo el derecho debería ser) respecto del nivel legal, pero *de lege lata* (esto es: de acuerdo con el derecho positivo existente) respecto del nivel constitucional.

Dije ya que la praxis actual en esta materia trae consigo consecuencias inadmisibles, que han erosionado fuertemente no sólo la imagen de la justicia en Argentina —como es público y notorio— sino incluso el propio sentido y fin de la pena estatal (sobre esto último volveré enseguida). Y se trata de consecuencias que, a mi juicio, no pueden ser justificadas como constitucionalmente necesarias. Todo ello sería, pues, razón suficiente para modificar ciertas normas procesales locales, de modo tal que la presunción de inocencia, en nuestro derecho, con toda claridad tenga el mismo alcance —más restringido— que en las convenciones internacionales sobre derechos humanos.

No se me escapa, de todas maneras, que tal reforma es completamente improbable, atento — como se vio— el reciente interés mostrado por la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del CPP Federal por poner en vigencia artículos de ese código que insisten en que una sentencia de condena debe estar “firme” para que pueda ser ejecutada. Fuera de que, como dije, esa inclusión del art. 375 del CPP Federal nada debería cambiar, lo cierto es que, con la razón subyacente que explica tanto a esa norma como a las ya vigentes desde antes en esta materia (básicamente: asegurar que determinados imputados no ingresen a prisión inmediatamente después de condenados), se persiste en el error y se asegura la profundización del desprestigio social del sistema de justicia.

V.

En cuanto a la afirmación de que se requiere sentencia firme para desactivar la presunción de inocencia, debe tenerse en cuenta, ante todo, que las normas convencionales con jerarquía constitucional (CN, 75, inc. 22) que, expresamente, consagran dicha presunción como un derecho fundamental, utilizan una formulación cuyo alcance es bastante más acotado que el que suele dársele desde posiciones doctrinarias y jurisprudenciales argentinas, e incluso desde algunas leyes de nuestro derecho interno. En efecto, la CADH, por ejemplo, establece que “[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su

culpabilidad” (8, inc. 2). En similar sentido se expide el PIDCP (14, inc. 2) y, en el ámbito europeo, el CEDH (6, inc. 2).

Como se ve, todo lo que se exige a nivel constitucional, para desactivar la presunción de inocencia, es que se *establezca* o se *pruebe* la culpabilidad del perseguido penalmente, siempre de conformidad con la ley. Pero dicha normativa fundamental no exige que las leyes en cuestión prescriban que la sentencia que prueba la culpabilidad del acusado debe haber adquirido la estabilidad propia de la cosa juzgada para que la presunción de inocencia deje de regir.

Por supuesto que un argumento fácil para interpretar lo contrario rezaría algo así como que “estar probada” la culpabilidad significa que eso no pueda ser discutible ya en el proceso, porque si todavía puede ser cuestionada (por ejemplo, mediante la interposición de un recurso), entonces no es factible decir que la culpabilidad está ya realmente *probada*. Para que lo esté — se dirá—, sería necesario que esa declaración conste en una sentencia jurídicamente incuestionable, y esto no podría ser otra cosa que una sentencia con autoridad de cosa juzgada. Por eso sería correcto que los códigos procesales exijan sentencia firme para desvirtuar la presunción de inocencia, y “firme”, a su vez, significaría eso: tener autoridad de cosa juzgada. Este argumento, sin embargo, me parece muy implausible.

Rebatirlo exige partir de lo obvio: las convenciones internacionales de derechos humanos, para considerar desactivada la presunción de inocencia, exigen solamente que, de conformidad con la ley, se haya establecido, probado o declarado la culpabilidad del acusado. No dicen que eso haya sido establecido de modo tal que no pueda ser ya discutido dentro del proceso. Pero fuera de eso, creo que el argumento en cuestión no es siquiera plausible por lo que diré a continuación.

Se supone que dicho argumento parte de considerar a la presunción de inocencia como un derecho de muy especial peso (algo con lo que, desde luego, concuerdo), y que, por lo tanto, exige que la declaración que la desactive tenga, también, un peso especial. Pero aparentemente este razonamiento ve esa fuerza no en las características de las sentencias de los tribunales de juicio, sino en la cosa juzgada, entendida —en su sentido tradicional— como ausencia de recursos pendientes. Identifica, así, fuerza o peso (suficientes) con “estabilidad” de la sentencia que declara la culpabilidad. Me parece, sin embargo, que esta justificación tiene varios problemas.

En primer lugar, la fundamentación que aquí objeto me resulta implausible porque ya el argumento de la estabilidad es endeble. La existencia, en nuestros procedimientos penales, del recurso de revisión contra sentencias condenatorias “firmes” muestra que, en verdad, nunca una

condena penal tiene completa estabilidad. Y que es bueno que no la tenga, precisamente porque la posibilidad de error está siempre latente y, en consecuencia, si se toma en serio a la verdad como condición necesaria de la justicia en el caso concreto, es obviamente saludable que quede siempre una puerta abierta a la discusión de ese posible error. En materia penal, entonces, una sentencia con autoridad de cosa juzgada no garantiza la estabilidad en cuestión.

Y en segundo lugar, considero implausible al razonamiento en el que se apoya esta solución que critico respecto de la posibilidad de ejecución inmediata de una condena porque pasa por alto un factor que, según creo, es el que más importa a la hora de evaluar el peso de una declaración de culpabilidad, de modo tal que pueda tenérsela como razón suficiente para desactivar la presunción de inocencia. Ese factor remite a un argumento clásico en materia casatoria y no es otro que el mejor *posicionamiento epistémico* (es decir: el mejor posicionamiento para conocer la verdad) en el que está un tribunal de juicio en comparación con el que puede ostentar un tribunal de recursos. Es esto, en rigor, y no tanto el carácter recurrible o irrecurrible de la sentencia que se dicta tras el juicio, lo que le confiere a esa decisión judicial el peso en cuestión. Y es esto, por tanto, lo que torna legítimo que, en el derecho interno, dicha sentencia sea erigida como idónea para dar por finalizada a la presunción de inocencia de la que goza el imputado. Dicho rápidamente: la sentencia condenatoria dictada tras el juicio oral y público es la que debería desactivar la presunción de inocencia.

El condenado, como persona ya declarada culpable por el tribunal que está en mejores condiciones para hacerlo sin error, tiene ciertamente un derecho constitucional a que, previa impugnación, otro tribunal revierta esa declaración de culpabilidad; pero no tiene un derecho de ese rango a continuar siendo considerado y tratado como un inocente mientras aguarda el resultado de su recurso.

La Constitución, para que quede desactivada la presunción de inocencia, exige que la culpabilidad sea declarada, no *ratificada*. Dejar esa desactivación en manos de un tribunal con peor posicionamiento epistémico respecto de las cuestiones de hecho, como lo sería el habilitado a resolver el recurso, no sólo excede la letra de las normas constitucionales en juego. Además, es incompatible con el único diseño del procedimiento penal que, según opinión doctrinaria unánime, resulta conforme, precisamente, con la Constitución, a saber: el que coloca al juicio en el centro de la escena.

VI.

Fuera de estas razones normativas, hay datos empíricos muy contundentes que muestran que la *ratio* de condenas revocadas tras un recurso de casación es muy baja. Las sentencias de nuestros tribunales de juicio tienen entonces, ciertamente, la autoridad institucional que he destacado hasta aquí. Pero además de ello deberían tener más autoridad en los hechos, cuanto menos hacia adentro del sistema de justicia. No parece ser el caso, sin embargo: esa autoridad fáctica se ha desplazado a los tribunales de casación, con la consecuente merma institucional que ello, a su vez, implica. Los tribunales de juicio, en efecto, pese a que cuentan con las herramientas más finas para descubrir la verdad, comienzan a percibirse a sí mismos como menos responsables al respecto. Porque saben que, en definitiva, la praxis actual está determinando que no sean sus sentencias las que importan, sino las de la instancia casatoria. Y hacia afuera del sistema de justicia, como ya dije, la situación es aún peor, porque esa praxis ha generado una fuerte erosión no sólo de su consideración pública, sino también de los fines de la pena.

En efecto, con la interpretación procesal hoy absolutamente dominante, el cumplimiento de los fines de la pena es postergado a un momento en el que ya la contracomunicación que implica el castigo penal contra la decisión del infractor de apartarse del derecho llega demasiado tarde. Se ha dicho con razón, en tal sentido, que para que la pena pueda cumplir con tal cometido es necesario que sea palmariamente visible para la sociedad, lo que obliga a que su imposición implique cierta rudeza (*hard treatment*, o imposición de un *mal*). Dicho de modo simple, si la sanción penal no es en algún sentido drástica, no comunica lo que tiene que comunicar.

Pues bien, institucionalmente, el proceso penal está diseñado para que tanto la absolución como la condena cumplan su función comunicativa tras el juicio público, con la presencia física, incluso, de ciudadanos atentos al desenlace. Este diseño pretende que los resultados de los procesos penales, siquiera mínimamente, atiendan también al principio democrático. Nada está más lejos de eso, sin embargo, que el hecho de que la ejecución de una sentencia sea posible sólo tras meses o años de haberse resuelto el juicio, bajo la opacidad propia de los procedimientos recursivos. Gran parte del impacto simbólico de la pena, esencial según las mejores explicaciones disponibles respecto de su función, se pierde con esta peculiar práctica procesal.

El sistema hoy aplicado es, además, funcional a la denominada selectividad del sistema penal. Porque lo que genera es que, tras la sentencia de condena, continúen bajo encierro quienes llegan presos a juicio, por lo general imputados socialmente muy desaventajados. Con esa misma lógica, lo que sucede en la realidad es que, tras una condena a prisión efectiva, continúan en libertad quienes

habían llegado a juicio sin haberla perdido antes. Por supuesto que no todas esas personas son socialmente aventajadas ni “poderosas”, pero muchas sí lo son.

La tesis contraria a la aquí defendida ha tenido por efecto degradar la sentencia dictada tras el juicio a punto de tornarla un paso meramente formal hacia la del tribunal del recurso, pese a que, como ya dije, se supone que es aquella sentencia, y no esta última, la que encarna el momento más importante del proceso. Frente a todo esto, creo que sería prudente no ver en esta práctica una suerte de “genialidad” vernácula en favor de las garantías del acusado, sino, antes bien, un serio error normativo con consecuencias comprensiblemente irritantes desde una mirada ajena a la de los operadores del sistema penal.

La concepción criticada es, en suma, retributivamente injusta respecto de quien ha sido declarado culpable, porque, pese a eso, no recibe su merecido cuando corresponde; es injusta con relación a la víctima, que con esta solución deja de ser tomada en serio; y diluye los efectos preventivos de la pena.

VII.

Todo lo que he sostenido hasta aquí constituye, como dije, un argumento constitucionalmente *de lege lata*, pero *de lege ferenda* respecto de ciertas leyes procesales que tenemos. En este último sentido, el argumento se erige como una crítica a ese nivel legal efectuada desde el nivel constitucional. Con esto no quiero decir que la práctica objetada y las leyes en las que dicha práctica tiene su fundamento sean inconstitucionales. Todo lo que pretendo mostrar es que, en relación con este tema, algunas de nuestras leyes y nuestra jurisprudencia hoy casi unánime han ido mucho más allá de lo que exige la Constitución. Por supuesto que no tiene nada de intrínsecamente negativo que las leyes, al reglamentar derechos constitucionales, les den un alcance mayor al establecido en la Constitución. Pero siempre que tal ampliación no genere conflictos normativos serios, es decir: siempre que, por esa extensión, aquellos no acaben colisionando con otros derechos o con otros intereses igualmente importantes.

SOBRE LA EJECUCIÓN INMEDIATA DE LA CONDENA PENAL

E. Matías DÍAZ*

I.

Leer a Gabriel Pérez Barberá es siempre un estímulo para el pensamiento y la reflexión. Se trata, sin dudas, de uno de los juristas más agudos y, por ello, más interesantes de nuestro país. Sus opiniones sobre diferentes áreas de estudio —otra notable cualidad— se caracterizan por robustos argumentos que o bien iluminan problemas ocultos o bien, como en este caso, nos llevan a repensar la lógica subyacente a ideas y prácticas que creíamos consolidadas.

Tal como vemos, en su columna de opinión Pérez Barberá reflexiona críticamente sobre la puesta en vigencia del art. 375, CPPF, cuyo enunciado normativo prevé que *una sentencia solo será ejecutable una vez que se encuentre firme*. Pérez Barberá entiende que esa norma viene a validar una práctica judicial que acarrea consecuencias perniciosas para la imagen de la administración de justicia y también para el propio sentido y fin de la pena estatal.

Puntualmente, Pérez Barberá refiere que el real problema radica en “la imposibilidad de ejecutar una sentencia de condena inmediatamente después de que ha sido dictada por el tribunal del juicio”. Su estrategia para propiciar —como válida desde el punto de vista constitucional y como preferible desde uno *infraconstitucional*— la ejecución de una sentencia de condena a pesar de la existencia de recursos pendientes de resolución consiste en el examen crítico de los argumentos que, a su entender, apoyan la solución contraria a la suya y coinciden con el mencionado art. 375, CPPF. A ello agrega razones vinculadas con la valoración de las consecuencias que tal solución genera en la actualidad.

* Universidad de Buenos Aires (UBA). Contacto: matiasdiaz92@hotmail.com. Agradezco a Diana Veleda y Pablo Larsen la valiosa ayuda brindada.

En tanto tengo una divergente visión sobre este tema,¹ intentaré responder a las razones expresadas por Pérez Barberá en respaldo de su posición.

II.

Pérez Barberá entiende que son dos los argumentos principales que justificarían una regla como la prevista en el art. 375, CPPF. Él los aborda por separado, como nociones inconexas.

En primer lugar, Pérez Barberá menciona el derecho constitucional a una revisión integral de la sentencia de condena (art. 8, inc. 2, b, CADH). En su opinión, la norma que recepta tal derecho no consagra uno a no ser condenado ni, por tanto, a no sufrir los efectos propios de una condena; “solo consagra un derecho a que la condena y sus efectos sean *revisados*”. De ahí que, según Pérez Barberá, esa norma de rango constitucional no obliga a que el derecho interno prohíba que la condena pueda ser ejecutada inmediatamente después de terminado el juicio.

En segundo lugar, Pérez Barberá ubica el alcance de la presunción de inocencia en el proceso penal (art. 8, inc. 2, CADH; art. 14, inc. 2, PIDCP) como una cuestión decisiva para la discusión sobre la validez de la ejecución provisional de la sentencia de condena. Su argumento principal es que la recepción del principio de inocencia en el bloque constitucional no lo impide: “no exige que las leyes en cuestión prescriban que la sentencia que prueba la culpabilidad del acusado debe haber adquirido la estabilidad propia de la cosa juzgada para que la presunción de inocencia deje de regir”.

Como dije, Pérez Barberá además agrega en su apoyo razones ajenas a un estricto plano jurídico-constitucional. En primer lugar, menciona los datos empíricos que explican que las decisiones condenatorias de los tribunales orales son confirmadas en una gran proporción en la instancia de casación. De acuerdo con su análisis de esos datos, ello demostraría que no es necesario esperar la resolución del recurso de casación del condenado para proceder a la ejecución de su condena. Sin embargo, la praxis actual sobre la *ejecutabilidad* de la condena, según Pérez Barberá, se desentiende de estos datos y sobrevalora la relevancia de las sentencias de los tribunales revisores. En su parecer, ello repercute perniciosamente tanto al interior del sistema como fuera de este.

¹ Sobre este y otros temas conexos, ver DÍAZ, “Condiciones para la ejecución de la condena. La firmeza como garantía del imputado”, RDP, vol. 12, 2015, p. 2412; DÍAZ, “La prisión preventiva en el contexto de la revisión de la declaración de culpabilidad”, RDP, vol. 7, 2016, p. 1351; DÍAZ, *Sobre la verdad y la protección de la inocencia en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017, cap. II; y DÍAZ, “La duración de la prisión preventiva a la luz del derecho del imputado a la revisión del fallo condenatorio”, en LEDESMA (dir.), *El debido proceso penal*, vol. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, pp. 33-61.

III.

Para dar respuesta a los aspectos más problemáticos de la propuesta de Pérez Barberá, me parece adecuado dividir la cuestión en dos *eventuales* segmentos temporales reconocibles en un proceso penal regular.² Ello nos permitirá apreciar los distintos detalles conceptuales involucrados —*v. gr.*, firmeza, casación constitucional, doble conforme— y, también, los pertinentes argumentos para dar cuenta de estos de manera adecuada.

El primer segmento abarca desde el dictado de la sentencia condenatoria del juicio oral y público hasta la finalización de la revisión integral del fallo condenatorio (art. 8.2, h, CADH).

El segundo segmento involucra la instancia extraordinaria del proceso regular, posterior a esa última revisión integral.³

IV.

En cuanto al primer segmento, podemos decir que la forma en la que Pérez Barberá aborda los argumentos vinculados con el derecho a la revisión integral del fallo condenatorio y el derecho a la presunción de inocencia impide apreciar la real dimensión que ambos derechos fundamentales tienen ante la posibilidad de ejecución provisional de la sentencia de condena. Para ser más claro: la mejor manera de entender la operatividad de tales derechos como robustos impedimentos jurídicos de la ejecución inmediata de la condena es mediante una interpretación conglobada de las normas de nivel constitucional que los receptan.

Es sabido que el derecho a la presunción de inocencia no fue regulado de manera expresa en la constitución histórica. Su operatividad fue derivada de la interpretación de la cláusula del art. 18, CN: ningún habitante de la Nación puede ser penado *sin juicio previo* fundado en ley anterior al hecho del *proceso*. El término *juicio previo* fue relacionado a la noción de *proceso legal previo*, para dar así cuenta de manera fiel no solo de su aspecto exterior de concatenación de actos disciplinados por

² La existencia de ambos segmentos depende de la interposición de recursos judiciales por parte de la persona condenada. De allí que en algún supuesto la firmeza pueda obtenerse por la propia voluntad de la persona condenada inmediatamente tras el fallo del tribunal oral —*v. gr.*, vencimiento del plazo para recurrir, manifestación expresa de la voluntad de consentir la decisión—.

³ Debo reconocer que la dificultad para definir de manera rotunda los asuntos involucrados en este segmento aumenta cuando se trata de condenas dictadas y revisadas en sedes locales. En esos casos en forma previa a un eventual acceso a la instancia extraordinaria federal debe suceder un control por parte del máximo tribunal provincial.

una ley formal, sino de la exigencia de una serie imprescindible de condiciones de garantía reguladas por ley para la imposición legítima de una pena.⁴

Con la reforma constitucional del año 1994, el derecho a la presunción de la inocencia alcanzó una condición de derecho expreso —*v. gr.*, art. 8.2, CADH—. Por caso, como indica Pérez Barberá, la regulación de ese derecho en la CADH enuncia: toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia *mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*.

Hasta este punto, el reconocimiento expreso de este derecho a la presunción de inocencia se adecua a la interpretación antes vista y referida a su carácter implícito en la constitución de 1853, esto es, la presunción de inocencia debe entenderse *dentro de un proceso legal*. Desde el punto de vista formal, la ley que regule ese proceso debe contener una serie de condiciones de garantía para que la decisión final sea legítima.

Pues bien, la vigente regulación constitucional de ese entramado conceptual y normativo —presunción de inocencia-ley-proceso penal— dispone también que *durante el proceso*, esa misma persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes *garantías mínimas*: ... derecho de *recurrir del fallo ante juez o tribunal superior* (art. 8.2.h, CADH).

La simultaneidad implicada en esta última norma es sumamente relevante para apreciar el entendimiento sistemático de los enunciados en juego, sin violentar, al mismo tiempo, su sentido literal. El derecho al recurso, entendido como el derecho a obtener una doble conformidad con respecto al fallo del juicio, resulta otra —una nueva— condición de garantía que la regulación formal del proceso previo debe contener. De allí que, a raíz de este reconocimiento al derecho al doble conforme, la idea de *proceso penal previo* debe incorporar en su significación la revisión del fallo condenatorio del tribunal oral. Por consiguiente, se trata de una necesaria instancia *dentro del proceso penal previo* sin cuyo desarrollo la condena carece de validez y obviamente no puede ser ejecutada.⁵

En este sentido, exigencias jurídico-normativas de nivel constitucional llevan a entender que el *establecimiento* de la culpabilidad del cual nos habla el enunciado normativo trabajado por Pérez Barberá en su columna de opinión (art. 8.2, CADH) es un acto complejo que involucra: 1) la constatación de la culpabilidad en la instancia de juicio oral y público y 2) la conformidad de este

⁴ Por todos, MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, 2.ª ed., Del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 488-490.

⁵ MAIER, *supra* nota 4, p. 485.

resultado en la instancia de control posterior.⁶ En términos constitucionales, toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia *mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*, es decir, *mientras dentro del legal proceso penal no se constate su culpabilidad en el juicio y otro tribunal controle esa decisión con posterioridad*.

Con ello en mente, entiendo que el problema relacionado con el trato desigual que la praxis actual prodiga a aquellas personas acusadas que llegan al juicio en libertad y luego son condenadas sin variar con ello su situación de libertad, debe ser enfocado desde el extremo opuesto al que utiliza Pérez Barberá, esto es, el de la gran cantidad de personas que llegan al juicio privadas de su libertad sin motivos válidos. A este grupo de personas le es negado en los hechos y de forma inequitativa e ilegítima el derecho a permanecer en libertad antes y después del dictado de la decisión condenatoria no revisada.

Por cierto, dada la admisión judicial de la operatividad del derecho a la presunción de inocencia en la instancia recursiva,⁷ una demanda que corresponde hacer a la judicatura, a fin de dotar a la práctica actual de la consistencia necesaria para lograr un rendimiento pleno del derecho, es un mayor compromiso con las proyecciones de la presunción de inocencia en esa etapa. Esto impone indagar y establecer las posibles conexiones entre las derivaciones de este principio constitucional y la función propia de la etapa de control de condenas. Entre tales conexiones, podríamos mencionar ahora: a) la posibilidad de que los órganos judiciales de revisión en el ejercicio de sus funciones protectorias de la inocencia —evitación de condenas erróneas— controlen la corrección de las condenas incluso por fuera de los motivos de agravio del recurrente; b) el legítimo peso que cabe adjudicar a la condena —recurrida— de un tribunal de juicio, a los fines de evaluar la existencia de las condiciones que habilitan el dictado de una medida de prisión preventiva; y c) un mayor compromiso en el análisis del razonamiento probatorio llevado a cabo en la instancia anterior, con el objeto de buscar plausibles hipótesis de inocencia omitidas de forma irregular en la justificación de la condena.

De ahí que los datos referidos a la *ratio* de condenas revocadas en la actualidad, más allá de que nada digan sobre la justicia de cada caso en concreto revisado y a revisar, quizás revelen la falta de compromiso del funcionamiento de la judicatura en la instancia de casación con respecto a la

⁶ Esta conceptualización, a su vez, se refleja en la función de obtención de conocimiento llevada a cabo en el proceso penal. Desde el punto de vista epistémico, vemos que también se trata de una operación metodológica compleja, que involucra una actividad de comprobación de los resultados de una previa.

⁷ CSJN, *Fallos*: 337:901.

presunción de inocencia, sobre todo en lo concerniente al tercer punto mencionado en el párrafo inmediato anterior.⁸

V.

En cuanto al segundo segmento —aquel que involucra a las instancias extraordinarias posteriores a la revisión integral de los fallos—, las cosas quizás no sean tan claras, sobre todo en cuanto al nivel normativo de análisis de los problemas. Pero en todo caso aquí corresponde iniciar el planteo de la cuestión desde la consideración del error en la condena penal y sus consecuencias para la persona afectada.⁹

Ello requiere reflexionar sobre el sentido y el valor del respeto por las reglas del debido proceso en la consecución de una condena penal. La injusticia de la condena no solo se define por un error material, sino también por el incumplimiento de las reglas a las que el propio ciudadano imputado ha supeditado su declaración de culpabilidad por parte de la comunidad de la que forma parte.¹⁰ A ello se refiere la idea de inocencia jurídica que, según entiendo, es la que debe primar en el proceso penal.¹¹

La obligación de determinar *legalmente* la culpabilidad es la explícita contracara de ese derecho de la persona imputada —cualquiera de nosotros, por cierto— a que se cumplan todas las

⁸ Dicho todo ello, me parece oportuno dejar establecido que una lectura correcta como la que pretende Pérez Barberá de las cláusulas constitucionales debe llevarnos a reconocer un punto que se relaciona indirectamente con los problemas relatados por el autor en su columna de opinión. Si hay algo que estas cláusulas no contienen expresamente es la obligación estatal de reconocer un sistema bilateral de recursos dentro del proceso penal. Por todos, MAIER, *supra* nota 4, pp. 485, 636, 709 ss. Entiendo que no se trata de un elemento baladí para el funcionamiento cuestionado por Pérez Barberá. Quizás la proliferación de recursos judiciales conspire de diversos modos contra la rapidez de la resolución definitiva de los procesos penales.

⁹ Corresponde recordar que, por ejemplo, en el ámbito procesal civil es válida la ejecución provisoria de una sentencia. Eso sí, los criterios legales o judiciales para su viabilidad vienen dados fundamentalmente por la consideración de un elemento clave: *la existencia o inexistencia de un perjuicio irreparable*. Ver GOZAINI, *Código procesal civil y comercial. Comentado y anotado*, t. III, 3.ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2011, pp. 19-24.

¹⁰ Tomar en serio las reglas del debido proceso es tomarlas como reglas derivadas de un principio de libertad que todos elegiríamos en condiciones ideales de imparcialidad para regir los procedimientos penales a los que todos seríamos sometidos. RAWLS, *A theory of justice. Revised Edition*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, pp. 206-210. La regla conocida como *in dubio pro reo* es una regla de protección de la inocencia que integra nuestra noción compartida de debido proceso. De allí que la presencia de dudas en una decisión jurisdiccional de condena de una persona materialmente culpable es una decisión injusta que provoca un daño moral equiparable al daño moral que sufre una persona materialmente inocente. KITAI, “Protecting the Guilty”, en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 6, n.º 2, 2003, pp. 1163-1187.

¹¹ PACKER, *The limits of the criminal sanction*, Stanford University Press, Stanford, 1968, p. 168. Al respecto, DÍAZ, *Sobre la verdad y la protección de la inocencia en el proceso penal*, *supra* nota 1.

condiciones de garantía en el proceso penal. El derecho a la protección de la inocencia jurídica como derecho a un debido proceso obliga a verificar en la medida de las posibilidades del sistema que no hayan sido violadas las garantías de la persona imputada.¹²

Dada la gravedad de las consecuencias para la dignidad de la persona, esa verificación debe ser previa a la ejecución de esa sanción. Pérez Barberá no menciona una urgencia concreta que pueda superar un día de encierro en prisión generado por la ejecución de una condena injusta, ni tampoco medios jurídicos que puedan con posterioridad compensar realmente esa situación.¹³ La pérdida de dignidad provocada por el destrato y la desconsideración hacia la persona que sufre la prisión en ese contexto —insisto, cualquiera de nosotros— es, diría, el umbral que aquellos que abogan por la ejecución inmediata de la sentencia de condena penal deben superar con su argumentación.

Los fines de la pena impuesta en una condena no pueden empezar a producirse de manera legítima si, dentro del procedimiento penal regular, se encuentra pendiente de resolución un válido reclamo por parte de la persona a la que esa pena se dirige, referido a la violación de las condiciones de legitimidad de esa imposición. Sería muy difícil predicar una función comunicativa de la condena que busque hacer partícipe de un mensaje a la persona condenada, cuando esta última no ha obtenido una respuesta definitiva sobre la legitimidad de la decisión; es decir: cuando no se ha pronunciado todavía la autoridad institucional que puede válidamente cancelar la discusión abierta por el ciudadano condenado dentro del proceso. Vale aclarar que la última palabra al respecto la tiene, si por expresa disposición constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación.¹⁴ En tanto exista la necesidad de que esa última palabra se pronuncie en el proceso penal, la ejecución de la decisión impugnada debe ser suspendida. Ello no quita que, en atención a los caros intereses relacionados con el sistema penal que Pérez Barberá menciona en su argumentación —entre los cuales podrían

¹² HO, “The presumption of Innocence as a Human Right”, en ROBERTS/HUNTER (eds.), *Criminal Evidence and Human Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 266.

¹³ En línea con esta afirmación pueden apreciarse las palabras de Maier, emitidas en su rol de juez del Tribunal Superior de Justicia de la CABA en la causa “González, Carlos Alberto y otros s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘González, Carlos; Lacquaniti, Roque y otros (Bingo Congreso) s/ inf. Ley 255 – Apelación’” (expte. n.º 4066), rta. el 19 de diciembre de 2005. Según él, de seguir una posición según la cual es posible ejecutar una sentencia de condena mientras se encuentra en trámite un recurso de queja por recurso extraordinario federal denegado, en caso de que todavía existiera en nuestro ordenamiento jurídico la pena de muerte, “habría que matar al condenado a muerte, mientras tramita un recurso de queja ante la CSJN, y luego ofrecerle a alguien alguna reparación si ese recurso de queja resulta triunfante”.

¹⁴ CN, 117. Al respecto, CSJN, *Fallos*, 328:3399, considerando 28 del voto de la mayoría.

encontrarse los de la víctima del delito—¹⁵, se requieran suficientes garantías al recurrente acerca de que su reclamo no es meramente dilatorio o de que la pena podrá ser ejecutada sin problemas tan pronto como llegue el fin de la discusión.

Como fue dicho en otra oportunidad,¹⁶ esta perspectiva nos impone destacar la importancia de los fundamentos que hacen de la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación una competencia extraordinaria prevista para ser ejercida en supuestos jurídicos excepcionales y en una única oportunidad procesal. Por ello, cabe reparar en las críticas que Maier esgrime contra la jurisprudencia de la Corte Suprema, que ha tergiversado nociones y conceptos caros para la funcionalidad del sistema.¹⁷ Las ampliaciones de las reglas de impugnabilidad objetiva a supuestos no previstos —*v. gr.*, sentencias equiparables a definitivas—, la posibilidad de que el acusador estatal acuda a la instancia extraordinaria en busca de la reparación de una “garantía constitucional propia” supuestamente violentada y la manipulación de los casos de arbitrariedad, entre otros ejemplos, con seguridad conspiran contra la razonabilidad del sistema previsto en la Constitución nacional y reglamentado en la ley 48.

Pérez Barberá, al relacionar la procedencia de la acción de revisión contra una sentencia firme con la posibilidad de ejecución inmediata de la sentencia de condena, en rigor desdibuja las notables diferencias que existen en el ordenamiento jurídico vigente entre esa acción y el control propio de los remedios procesales del procedimiento penal regular. Estas pueden ser apreciadas en sus distintas y respectivas cargas, oportunidades, motivos y alcances.

Debemos reparar en que la acción de revisión, también incorrectamente denominada recurso de revisión, en nuestro sistema carece de la aptitud para incorporar todos los planteos referidos a

¹⁵ La mención que hace Pérez Barberá sobre la situación de la víctima de un delito como un factor que impediría siempre la suspensión de los efectos de la condena es algo problemática, si no es adecuadamente explicada. En primer lugar, su alusión daría lugar a que la efectiva presencia de una víctima en un determinado supuesto sea por sí sola un motivo para la ejecución inmediata de una condena, lo que implicaría, al mismo tiempo, una suerte de *beneficio* para aquellas personas condenadas por delitos que carecen de ese elemento en su configuración. Pero además de ello, en el hipotético caso de que la víctima fuera una persona a la cual le fueron reconocidos plenamente sus derechos en el proceso penal —*v. gr.*, derecho a ser informada, a ser escuchada, a constituirse en parte querellante— no resultaría clara la razón por la cual, ante la suspensión de los efectos de una condena por motivos vinculados con el control del cumplimiento de las garantías de la condena dictada, su situación pueda considerarse *ahora* menospreciada —“deja de ser tomada en serio”—. Lo único que se me ocurre como fundamento para tal aseveración es la posibilidad de pensar en un derecho subjetivo de la víctima al efectivo encierro de otra persona. Pero tal posibilidad, no regulada en el ordenamiento jurídico positivo, implicaría, entre otras cosas, la privatización del interés involucrado en la aplicación de las penas en un Estado de derecho.

¹⁶ DÍAZ, “Condiciones para la ejecución de la condena”, *supra* nota 1.

¹⁷ MAIER, *Derecho procesal penal*, t. III, Del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 284.

las violaciones al debido proceso que pudiera haber sufrido la persona condenada.¹⁸ Ello realza la trascendencia del control de constitucionalidad que se efectúa dentro del propio procedimiento regular en el que se define la condena penal.

Los efectos de la procedencia de la acción de revisión de ningún modo pueden servir de premisa para la relativización de la importancia de la condición de firmeza del fallo condenatorio a los fines de su ejecución. En todo caso, la posibilidad de revisión de las sentencias condenatorias firmes — únicas pasibles de ser revisadas de acuerdo con nuestro sistema— demuestra la importancia del valor *inocencia* y la trascendencia de los errores en este campo, aun en una instancia en la que priman en principio la seguridad jurídica y la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales.

Por lo demás, resulta difícil suponer un escenario en el que, en la salvaguarda de la seguridad jurídica o la paz social, se quite esa posibilidad al reo o sus familiares solo porque las estadísticas demuestren que un pequeño número de acciones de revisión realmente triunfa en sus planteos.

VI.

A estas alturas una importante aclaración deviene necesaria. No niego el preocupante estado de situación del funcionamiento del poder judicial en materia penal. Comparto esta inquietud con Pérez Barberá. Entiendo que allí radica el origen de sus dilemas y propuestas.

De todos modos, tanto la hipertrofia y lentitud del funcionamiento de la judicatura en materia penal, como las arbitrariedades evidenciadas en la disposición de la respuesta final de los casos deben ser abordadas de forma consistente con la obligación de brindar igual respeto y consideración institucional a todas las personas que asumen el rol representativo de imputadas en sede penal.

Un primer vistazo permite apreciar que algunos de los graves asuntos traídos a colación por Pérez Barberá se relacionan más que nada con las injustificadas demoras que sufren las investigaciones en materia penal, en detrimento de todos los intereses en juego en este ámbito y, en efecto, de la propia consideración social acerca del funcionamiento del poder judicial. En algunos casos es tanta la espera para llegar a juicio que, conjeturo, el lapso posterior al dictado de la condena

¹⁸ DÍAZ/VELEDA, “La acción de revisión en el Código procesal penal de la CABA y su repercusión en la corrección de sentencias injustas”, en DÍAZ/FINKELSTEIN NAPPI (dirs.), *El sistema recursivo en el proceso penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, pp. 163- 202.

es visto como innecesario o, peor, como una injusticia, aunque en rigor muchas veces el control con el que ese lapso se relaciona hace concreto justamente el propio valor justicia.¹⁹

Por ello, estimo que una posición que pretenda medir las consecuencias de la práctica vigente para emitir juicios de valor al respecto debería reconocer que los datos necesarios para sacar conclusiones relevantes en este terreno deben basarse en el tiempo que demora en promedio la resolución definitiva de las causas penales y en qué proporción esa demora corresponde al lapso posterior al dictado de la condena por parte de un tribunal de juicio. Sin este último dato, es difícil distinguir si la queja de Pérez Barberá, más allá de sus trascendentes contornos teóricos y normativos, se asienta en un problema sistémico o bien tiene origen en puntuales casos en los que determinadas personas condenadas logran, por el lugar de privilegio que ocupan en la sociedad o por el mero ejercicio de un poder fáctico, que el control de sus condenas se dilate de manera ilegítima aunque conveniente para su situación de libertad.

En lo concerniente a los aspectos propios de las instancias recursivas, los problemas y sus posibles abordajes deben ser diferenciados en cuanto a su pertenencia e incidencia en los dos segmentos aquí ensayados como herramientas analíticas adecuadas para pensar la necesaria relación entre firmeza y ejecución de sentencia de condena penal.

En cuanto al primer segmento, se destaca la necesidad de que las políticas legislativas estén orientadas fundamentalmente hacia la consecución de rapidez y eficacia en la prestación de las funciones de revisión integral de las condenas. Se trata de concentrar esfuerzos y recursos en aquellos asuntos imprescindibles de la tarea de revisión de fallos de tribunales orales. La reducción de los niveles de litigiosidad en esta instancia se impone como un fin casi obvio. La supresión del acceso a la instancia casatoria en supuestos en los que no hay una decisión definitiva del pleito es un medio para lograrla. También podemos mencionar la limitación de los remedios judiciales de los sujetos procesales distintos al imputado o bien de los motivos de agravio propios de estos.

En el marco del segundo segmento, creo que resulta posible pensar en soluciones que procuren objetivos tales como: 1) desincentivar recursos extraordinarios superfluos, mediante restricciones sistémicas consistentes y previsibles, y un mayor compromiso ético de parte de los abogados defensores; 2) interacción funcional entre instancias extraordinarias locales y federales, sin vulneración de la forma de gobierno dispuesta en la constitución nacional, ni de la independencia interna de los jueces (CN, art. 5); 3) especialización y celeridad de la respuesta a los reclamos que

¹⁹ CSJN, *Fallos*: 339:1493.

razonablemente lleguen a la máxima instancia judicial federal, a través de un abordaje judicial que reúna esas mismas características —v. gr., sala penal, plazos legalmente previstos para la resolución del recurso, bajo sanción administrativa en caso de incumplimiento—; y 4) mayor información pública disponible sobre las proyecciones del trabajo de la Corte Suprema en un período determinado —v. gr., números de expedientes a resolver, criterios relativos a la eventual selección— y evaluaciones públicas y periódicas a cargo de representantes de la ciudadanía sobre el rendimiento laboral de la Corte Suprema.

Eso sí, después de revisar el estado de situación teórico y práctico del complicado asunto de la ejecución de condena en materia penal, no cabe sino afirmar que la creación de instancias judiciales intermedias dentro del proceso lejos se encuentra de configurar una solución atendible.

VII.

Por último, agradezco a los responsables de la revista *En Letra: Derecho Penal* por la invitación a exponer mi punto de vista y, fundamentalmente, a Gabriel Pérez Barberá por obligarme a repensar con altura sobre un tema tan complejo como importante para la llamada administración de justicia. Ante argumentos tan razonados como los expuestos por él, el propio proceso reflexivo que estos imponen resulta de por sí un provecho asegurado.

RESPUESTA A MATÍAS DÍAZ

Gabriel PÉREZ BARBERÁ**

I.

Quiero expresar ante todo mi profunda gratitud a Matías Díaz por haberse tomado el trabajo de escribir un comentario crítico tan atractivo y estimulante a la columna de mi autoría que se publica en esta sección inaugural de los “Debates en Derecho Penal” (en dicha columna —que aparece aquí mismo, más arriba— están citadas las referencias completas de mis publicaciones anteriores que le dieron base). Mi agradecimiento entonces también, como codirector de esa sección, tanto a la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella como a la revista *En Letra. Derecho Penal* por apoyar con tanto entusiasmo esta iniciativa, que espero cuente con muchos más debates en el futuro.

Que mis trabajos despierten interés en lo mejor de la nueva generación de académicos dedicados al derecho penal y procesal penal genera en mí —además de la gratitud expresada— especial satisfacción, porque me permite creer que lo que escribo todavía no desentona demasiado con los desarrollos más contemporáneos de nuestra disciplina. La tesis doctoral de Matías sobre presunción de inocencia (ya entregada) marcará sin dudas un antes y un después en esa materia. Por eso me produce genuino entusiasmo poder debatir sobre este tema con él, uno de sus más finos exponentes. Aclaro que nos tratamos adrede invocando nuestros nombres de pila porque la idea es que esta publicación refleje lo que aquí sucede: dos amigos discutiendo sobre temáticas comunes que nos apasionan.

II.

Matías, sin perjuicio de criticar mi posición sobre el tema que nos convoca, ha sido muy elogioso respecto de la supuesta calidad de mi argumentación. No sé si merezco eso, pero sí creo importante señalar que, a mi juicio, lo central del argumento que, con generosidad, él ha enaltecido, no está

** Doctor en derecho. Profesor titular, por concurso, de derecho penal, parte general, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor ordinario en la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella (Buenos Aires). Ex becario de la Fundación Alexander von Humboldt, de la Sociedad Max Planck y del Servicio Alemán de Intercambio Académico. Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (Buenos Aires).

reflejado en su texto. Sus críticas se centran, antes bien, en fundamentos laterales —que ciertamente también he brindado— en torno a lo que considero lo principal de mi punto. Me veo obligado entonces a recordar cuál es ese argumento central, porque, si eso no es tenido en cuenta, la probabilidad de que mi posición sea vista como poco razonable es demasiado alta.

El punto en cuestión es muy sencillo, y expresa algo sobre lo que existe mucho consenso entre los procesalistas: el juicio es la etapa del proceso penal que está en mejores condiciones epistémicas para descubrir la verdad. Por tanto, la sentencia (no en vano llamada “definitiva”) dictada tras su realización es la mejor posicionada para no errar en el marco de una forma de proceder en la que, no obstante, la posibilidad de error nunca podrá ser eliminada. Por eso sostengo que es esa sentencia, y no la de un tribunal revisor, la que debería ser tenida como la más idónea para desactivar la presunción de inocencia.

Por supuesto que una revisión de la sentencia de condena dictada tras el juicio puede disminuir aún más la posibilidad de error: en eso consiste, precisamente, la función epistémica de los recursos. Pero creo que el problema que aquí se plantea no reside tanto en cuándo es menos probable, sin más, que la desactivación de la presunción de inocencia sea errónea, sino, antes bien, en cuándo esa desactivación *se produce*, porque ha sido establecida la culpabilidad del acusado aun cuando ello, todavía, pueda ser erróneo. Eso es al menos lo que se exige —y todo lo que se exige— desde los textos de nuestro “bloque de constitucionalidad”.

Las convenciones internacionales con jerarquía constitucional, en efecto, exigen, para que quede desactivada la presunción de inocencia, que se establezca (CADH, 8.2) o se pruebe (PIDCP, 14.2), conforme a ley, nada menos que la culpabilidad del acusado. Pues bien, no por casualidad tan trascendente cometido, según nuestras leyes, queda en manos de la sentencia que, epistémicamente, está mejor posicionada para eso, que como dije no es otra que la dictada tras el juicio oral. Según esas mismas leyes, la sentencia de revisión que ratifica una declaración de culpabilidad no la establece, ni la prueba (es muy raro que se produzca prueba en esa instancia revisora); simplemente la confirma.

Por eso, a mi modo de ver, no puede ser correcta la afirmación de Matías en el sentido de que “el establecimiento de la culpabilidad... es un acto complejo que involucra: 1) la constatación de la culpabilidad en la instancia de juicio oral y público y 2) la conformidad de este resultado en la instancia de control posterior”. Me pregunto, en efecto: ¿Por qué considerar al establecimiento o la prueba de la culpabilidad como un acto complejo? ¿Por qué incluir lo que Matías señala en “2”)”? A mi juicio es claro que se trata, en rigor, de un acto simple que se agota en “1)”. Desde luego que

“1)” puede ser revisado, pero lo que hará tal revisión será o bien confirmar “1)”, o bien no confirmarlo, pero de ninguna manera lo *establecerá*. Que “2)” cuente para establecer la culpabilidad del acusado, entonces, no es algo que pueda ser inferido ni de nuestras normas procesales ni de los citados textos constitucionales.

Para no obstante inferirlo sería necesaria, entonces, alguna clase de interpretación sistemática, teleológica o de otro modo más sofisticada. Visto en su mejor luz, el argumento de Matías intenta esto, tratando, al modo tradicional, de mantener muy vinculado lo que yo me he empeñado en desacoplar, a saber: el alcance de la presunción de inocencia con el de la garantía a recurrir la condena ante un tribunal superior (CADH, 8.2.h). Sigo pensando, sin embargo, que es necesario insistir en dicha separación entre el alcance de ambas garantías. Intentaré justificar esa terquedad a continuación.

III.

El argumento de Matías es el siguiente: dado que considerar culpable a una persona es algo que trae muy graves consecuencias a su dignidad, entonces tal consideración debería concretarse sólo después de que ocurra algo que disminuya su posibilidad de error, que es lo que sucedería sólo tras una confirmación de la condena por parte de un tribunal superior. Esto, entonces, justificaría que “2)” sea un paso conceptualmente necesario incluso para el establecimiento de la culpabilidad del acusado.

Ahora bien, si ello fuese así, entonces el hecho de que la revisión de la condena por parte de un tribunal superior no sea obligatoria en nuestros procedimientos penales —y no lo es— debería conducir a que tales sistemas procesales sean tenidos como inconstitucionales. Esto, claramente, sería ir demasiado lejos, y no creo, de hecho, que Matías esté dispuesto a suscribir algo así. Pero es una consecuencia lógica de lo que él entiende por establecimiento —o prueba— de la culpabilidad.

No parece admisible, entonces, el punto central de Matías para vincular fuertemente a la garantía de inocencia con la del derecho al recurso. Según ese punto de vista, la idea de pena fundada en “juicio previo”, expresada en la CN, 18, significaría “fundada en proceso previo con todas las garantías vigentes”. De allí que, dentro de “juicio previo”, vendría incluida, en términos de condición necesaria, la revisión de la condena dictada después de ese juicio, en tanto es una de esas garantías. Esto, sin embargo, por lo que ya dije no parece ser acertado *de lege lata*. Y a mi juicio tampoco resulta plausible *de lege ferenda*, precisamente por lo ya afirmado en torno a las virtudes epistémicas del juicio oral.

Es a partir de esas virtudes del juicio, en efecto, que puede afirmarse que una condena consentida (que las hay, y no sólo tras juicios abreviados) no tiene nada de objetable no sólo desde lo conceptual, sino tampoco en términos constitucionales e institucionales. Por eso la necesidad de tener siempre muy presente ese punto de mi razonamiento. Es esa fortaleza epistémica del juicio la que permite asignar a las condenas dictadas tras su realización fuerza suficiente para predicar verdad, aunque —como no podría ser de otro modo— siempre quede pendiente la posibilidad de error. Por eso tales sentencias, si no son recurridas, resultan constitucionalmente válidas en tanto declaraciones de culpabilidad.

Por su parte, ya pensado el problema en términos institucionales, es esa fortaleza epistémica lo que fundamenta que sea suficiente contentarse con una única revisión de la condena ante un tribunal superior para que quede satisfecha la garantía del derecho al recurso: de no confiarse en el juicio, debería exigirse un “triple” conforme, o incluso más. Centrar la mayor parte del peso de una argumentación sobre este problema en la inevitable posibilidad de error de una sentencia, como hace Matías, debería conducirlo a admitir, en efecto, que el estado de inocencia sólo se pierde tras una segunda revisión, o una tercera, o nunca, porque siempre queda pendiente la posibilidad de error y, por ello, la de un futuro recurso de revisión incluso contra condenas “firmes”. Pero no creo equivocarme si arriesgo que Matías no pretende —tampoco en esto— llegar tan lejos.

IV.

Mucho más sencillo, me parece, y sobre todo mucho menos forzado con la letra constitucional, es ver las cosas como he intentado describirlas: la sentencia condenatoria dictada tras el juicio es la que establece la culpabilidad, declarándola probada, y por tanto desactiva la presunción de inocencia; la sentencia revisora simplemente confirma o revoca esa declaración, pero de ninguna manera la “establece”. Dicho de otro modo, la garantía del derecho al recurso establece, desde luego, un derecho a que la condena inicial sea revisada, pero de ninguna manera suspende —hasta que el tribunal revisor se pronuncie— ni la declaración de culpabilidad ocurrida allí ni la ejecución de la pena impuesta como consecuencia de ello. En esto reside lo central de la tesis —que defiende— de la no conexión o de la separación entre el derecho al recurso y la presunción de inocencia.

Esta tesis evita que sean incluidas en nuestros argumentos sobre este problema ciertas premisas —a saber: las que incluye Matías— que irremediablemente conducen a consecuencias muy implausibles, como aquella de la supuesta inconstitucionalidad de las condenas consentidas. Creo que antes que acudir a la poco elegante salida de una solución *ad hoc* para evitar tener que aceptar

tales consecuencias es preferible deshacerse, sin más, de las premisas problemáticas. Así, simplemente asumimos lo más intuitivo: el condenado tras el juicio pierde en ese momento su condición jurídica de inocente, que en todo caso recobrará —con las reparaciones pertinentes, si corresponden— si luego el recurso es exitoso. Y esto, como luego se verá, con total independencia de que esa persona *sea*, o no, inocente.

Otra vez: no pretendo negar que, tras una primera revisión de la condena, habrá menos posibilidades de error, y que sería sumamente injusto, por error, condenar a un inocente. Pero el punto es: ¿debemos asegurarnos *tanto* de que no haya error, pese a la innegable fortaleza epistémica del juicio, e incluso a costa del desaire que implica para la víctima y para la sociedad la no ejecución de una pena que ha sido tenida como merecida más allá de toda duda razonable? Esto también produce injusticia, en tanto implica el no castigo efectivo de quien, con todas las garantías y con las mejores condiciones epistémicas disponibles, ha sido hallado culpable.

Tampoco pretendo desconocer que es más cruenta la injusticia que produce el castigo del inocente que la que genera la absolución del culpable, porque el mal de la pena injusta es claramente mayor al mal que ocasiona la impunidad injusta. Pero esto último —hay que recalcarlo— también es un mal, y los Estados de derecho, por tanto, tienen que lidiar con sus efectos nocivos, los que, como he mostrado en mis trabajos previos, son muchos y son serios. Es necesaria, entonces, una ponderación, que permita un tratamiento equilibrado de los intereses en juego.

Creo que ese equilibrio es lo que logra la posición que defiendo: conforme a ésta, el condenado, ante la posibilidad escasa de error que genera un juicio (otra vez: por sus virtudes epistémicas), puede no obstante recurrir esa sentencia; pero sin que esto implique, precisamente por la muy probable verdad de tal declaración de culpabilidad, que mientras se produce dicha revisión el condenado siga siendo tenido, jurídicamente, como inocente, y siga teniendo derecho, por tanto, a que no se le ejecute la pena.

La baja probabilidad de condenas erróneas resulta de cómo están diseñados nuestros procedimientos penales, es decir, es de índole teórica. Pero no deja de ser interesante que los datos empíricos de los que disponemos corroboren, hasta ahora, esa predicción. Si no fuera así, de hecho, no tendríamos tales procedimientos, o tendríamos que modificarlos de inmediato. Esa —que no es poca— es toda la importancia que he dado a los datos empíricos observados por Matías. Pero incluso hay más para predecir: supongamos que, como todo lo indica, terminan generalizándose los juicios por jurados en Argentina: ¿a qué argumento podrá apelarse en tal caso para negar que es el veredicto

de culpabilidad del jurado lo que desactiva la presunción de inocencia? La praxis que objeto, entonces, no sólo deteriora nuestro presente; además, no encaja en nuestro futuro.

Pero volvamos al presente: según datos fehacientes de los que dispongo, y que aún es necesario procesar, en no pocas ocasiones tanto fiscales como jueces de ejecución están pidiendo y ordenando detenciones de personas que fueron condenadas hace años, para que comiencen a cumplir su pena. Y en muchos casos, por el transcurso de tanto tiempo, ya no existen razones preventivas para justificar sus encierros. Parece injustificado, entonces, obligarlos a cumplir un castigo ahora por lo que fueron condenados lustros atrás. Ahora bien, ¿es justo liberarlos del mal propio de la pena (*hard treatment*) pese a que han sido confirmadas las razones retributivas que demuestran que resulta merecido?

Dilemas innecesarios en los que se coloca a nuestros funcionarios sólo por insistirse con una práctica que de ninguna manera tiene fundamentos constitucionales. Y francamente no creo — como sí cree Matías— que ciertos retoques para acelerar o transparentar la fase recursiva puedan dar una solución adecuada a este problema. ¿Cuál sería la propuesta? ¿Prohibir el recurso de la acusación contra sentencias absolutorias? Ello generaría otro sinnúmero de problemas tanto de justicia como de legitimidad (sobre esto he escrito largamente en otro lugar y no puedo reproducirlo aquí). ¿O, tal vez, restringir con más fuerza el acceso a la Corte Suprema? Nuestra experiencia judicial no permite ver como demasiado prometedora esa clase de soluciones; al final, siempre termina recurriéndose *todo*. Por lo demás, salvo que la revisión consista en otro juicio oral y público completo, nunca podrá tener sus mismas virtudes epistémicas.

Por supuesto que sería una tragedia que una sola vez se corrobore la condena de un inocente. Pero mientras tanto, con la praxis que hoy tenemos, el exceso de benignidad —por ausencia de ejecución de penas— respecto de demasiadas personas ya declaradas culpables está haciendo estragos normativos en nuestra sociedad.

V.

Como sea, si estoy advirtiéndolo que en mis publicaciones previas había desarrollado —ante todo y por sobre todo— una tesis general acerca de la relación entre la presunción de inocencia y el derecho al recurso (y no únicamente un análisis particular acerca de la ejecutabilidad inmediata de las sentencias condenatorias), es gracias a esta discusión con Matías. Por otra parte, también le debo a él haber detectado que, en mis textos, no había prestado atención a lo que podríamos denominar “la ¿objección? de la pena de muerte”.

Matías, en efecto, en una nota a pie de su crítica, cita una de esas clásicas provocaciones de Julio Maier cuando ejercía (con habilidad insuperable) su rol de polemista. Reformulo la provocación de Julio con estas palabras: si no hubiese una vinculación entre presunción de inocencia y derecho al recurso —la vinculación que yo objeto, precisamente—, entonces, si estuviese vigente la pena de muerte, habría que matar primero al condenado y después resucitarlo de algún modo en caso de que el recurso fuese exitoso.

Está claro que eso, más allá de su impacto emotivo, no es un argumento genuino. Por eso, con razón, mereció apenas una consideración marginal por parte de Matías. Pero hay un punto ahí, y es pertinente, por tanto, decir algo al respecto. Mi respuesta es esta: también en los sistemas que prevén la pena de muerte con juicios orales como los nuestros (o incluso mejores, epistémicamente hablando) es la sentencia de condena dictada tras el debate oral la que debería derrotar a la presunción de inocencia. Sólo que, en esos casos, el retraso de la ejecución *del culpable* hasta que haya sido emitido el último fallo revisor posible se justifica por la irreparabilidad absoluta de esa clase de pena.

No niego que un solo día de prisión genera daños gravísimos en quien lo sufre. Pero esa pena, con todo lo cruenta que es, no es absolutamente irreparable como sí lo es la de muerte. Dicho de un modo simple: *no es lo mismo* una pena que la otra. La pena de prisión, en caso de revocación de la condena, puede ser interrumpida (la multa puede ser devuelta, etc.); y, en su caso, habrá de otorgarse al mal condenado una reparación moral y material para —por cierto que en forma inevitablemente insuficiente— repararle el daño infringido.

No me parece una buena objeción, entonces, generalizar a partir no tanto de la pena de muerte en sí, sino, antes bien, de uno de sus principales problemas, que es precisamente la inviabilidad —en un Estado de derecho— de su ejecución inmediata. Porque eso conduce a desentenderse, sin justificación seria, de todas las graves dificultades institucionales, señaladas en mis trabajos previos, que genera la demora en la ejecución de la pena de prisión y de otras más leves. La inviabilidad de su ejecución inmediata es, en efecto, una de las buenas razones para abolir la pena de muerte, precisamente porque ello neutraliza muy considerablemente su función expresiva, y hasta sus efectos retributivos y preventivos, sin perjuicio de las demás objeciones —más importantes— vinculadas con su extrema crueldad. Toda pena, en efecto, por todo lo que he explicado en esos trabajos previos, requiere de ejecución inmediata para poder cumplir adecuadamente con las finalidades que le son propias.

No obstante, se podría ir más allá en la crítica a mi posición, y plantearse lo siguiente: aceptemos que la condena tras el juicio derrota la presunción de inocencia, y que a partir de allí el otrora imputado es un “penado” (para decirlo con el lenguaje de la Constitución). De todos modos: ¿por qué no diferir la ejecución de esa pena hasta que la condena sea revisada? ¿Por qué el culpable tendría ese derecho sólo frente a la pena de muerte y no frente a la de prisión, que aunque no sea absolutamente irreparable es de todas maneras muy cruenta?

En verdad, ya he dado una respuesta posible a esto: porque, llegados a este punto, no queda más que ponderar si no se quiere perder el necesario equilibrio que este problema tan delicado nos interpela a conservar. Así, partimos de la tesis de que toda pena sólo puede cumplir acabadamente con sus fines si es ejecutada de inmediato. No hacerlo genera, de hecho, males muy serios en una sociedad (los he detallado en mis publicaciones previas, citadas más arriba). Pues bien, frente a ello, claramente estará justificado admitir tales males si con eso se previene uno mayor —por su absoluta irreparabilidad—, que es la ejecución de quien es mal condenado a morir. Pero si el mal que genera la pena no es absolutamente irreparable, y se trata de un mal que en un juicio epistémicamente robusto ha sido considerado merecido y que ha de producir, asimismo, utilidades extrínsecas de peso (preventivas, básicamente), entonces debe —siquiera por regla— imponerse de inmediato. En aras, precisamente, de evitar la seria erosión normativa que producen las repetidas dilaciones en su ejecución.

VI.

Antes de finalizar, un comentario acerca de una afirmación de Matías que me generó alguna inquietud: “La injusticia de la condena no solo se define por un error material, sino también por el incumplimiento de las reglas a las que el propio ciudadano imputado ha supeditado su declaración de culpabilidad... A ello se refiere la idea de inocencia jurídica que, según entiendo, es la que debe primar en el proceso penal”. Para analizar esto quisiera partir de algo que, supongo, debería ser un lugar común: nadie es inocente hasta que se demuestre lo contrario; alguien o es inocente (si no cometió el delito por el que se lo acusa) o es culpable (si lo cometió), con total independencia de lo que haya sido probado en un proceso.

Matías, sin embargo, se opondría sutilmente a esto, introduciendo la idea de “inocencia jurídica”. Ésta, a mi juicio, sería correcta —aunque trivial— si simplemente hiciese referencia a la presunción jurídica de que alguien es inocente (aunque no lo sea) hasta tanto se pruebe su culpabilidad, es decir, si fuese otra forma de designar a la presunción de inocencia tradicional. Pero si con dicha expresión pretende abarcarse algo más, en particular la supuesta concreción de una

injusticia si se incumplen las reglas del debido proceso —y esto parece indicar Matías—, entonces ya nos encontramos ante una afirmación muy problemática.

Por supuesto que hay distintas clases de errores posibles en un proceso penal: para decirlo con las palabras de Matías, están por un lado los errores materiales (v.gr., se dice de alguien que es culpable cuando en verdad es inocente, o viceversa) y también, por otro lado, los errores formales (v.gr., se tiene por probada la culpabilidad de un culpable, pero en violación a las reglas del debido proceso). Sin embargo, sólo un error de la primera clase provocará injusticia; los errores de la segunda clase generan problemas de legitimidad, que es algo muy diferente. A mi modo de ver, no tener en cuenta esta distinción entre justicia y legitimidad causa serios inconvenientes no sólo en la comprensión de la presunción de inocencia, sino también —casi como en una suerte de “efecto dominó”— en la del funcionamiento de otros institutos procesales muy importantes, como los recursos y la nulidad, por sólo mencionar dos ejemplos.

Lo que yo le preguntaría a Matías es: ¿para qué forzar las cosas? La presunción de inocencia no pierde un ápice de su señorío si se la limita al ámbito que le es propio, que es el de la legitimidad —no la justicia— de las decisiones judiciales en un proceso penal. Si se absuelve a un culpable por respetarse la presunción de inocencia, esa decisión será irremediabilmente injusta, pero también indiscutiblemente legítima, lo cual es razón suficiente, en un Estado de derecho, para decidir de conformidad con la Constitución. Del mismo modo, aunque una condena esté apoyada en un respeto estricto de la presunción de inocencia (porque, por ejemplo, se alcanzó sobradamente el estándar de prueba correspondiente), de todas maneras será injusta si el condenado es inocente. No necesitamos ennoblecer a la presunción de inocencia con el prestigio del vocablo “justicia” para que aquella cumpla acabadamente con su función de garantía.

De hecho, estoy bastante seguro de que la argumentación de Matías no gana nada por sostener esto de la “inocencia jurídica” o de la “injusticia formal”, por denominarlo de algún modo. Pero lo que sí sucede si se procede como él lo hace es que, en algún sentido y en algún momento, se acabará minimizando el problema que emerge cuando no tenemos a un inocente condenado, pero sí a cientos de declarados culpables que no están cumpliendo la pena que, según esa declaración, merecen. Sobre lo primero, desde el Iluminismo hasta hoy, se ha llamado mucho la atención, y habrá que seguir haciéndolo; pero es necesario, además, comenzar a mostrar que tampoco es viable, en un Estado de derecho, un sistema procesal que provoca, tan asiduamente, lo segundo.

Puedo explicarlo, quizá, un poco mejor: si se sostiene que es debido a la presunción de inocencia que, continuamente, un número importante de personas declaradas culpables no está

cumpliendo la pena que les fue impuesta, y si se considera que eso no sólo es legítimo, sino también justo, entonces, ciertamente, no podrá advertirse que haya en ello alguna clase de problema. Pero las cosas no tienen por qué ser así: podemos contar con una presunción de inocencia robusta, que proteja enérgicamente a todo acusado de delito para tender a que no haya ningún inocente condenado, sin que, a la vez, ello implique la continua persistencia de cientos de personas ya declaradas culpables a las que, no obstante, no se les ejecuta su pena.

Sé que Matías no quiere esto último, sé que le preocupa —también— lo mismo que a mí; pero otra vez: estas son las consecuencias necesarias de lo que él sí quiere. Por mi parte, también me preocupa lo mismo que a él: no admitiría jamás un sistema procesal que genere chances relevantes de condenar a inocentes. Pero tampoco me parece admisible uno que conduzca a lo que hoy tenemos en Argentina.

Gracias a la praxis actual, los tribunales de juicio pierden gravitación —y por tanto responsabilidad— en el marco de un diseño institucional que, paradójicamente, por razones constitucionales les concede el papel central. Pero la realidad que nos embarga no puede ser diferente si ese diseño constitucional es tergiversado por prácticas o leyes que, en los hechos, desplazan dicho protagonismo a los tribunales de casación, que ostentan una condición epistémica irreductiblemente inferior a la de los de juicio.

Rawls —a quien Matías ha leído muy bien— lo decía muy claramente: un sistema de distribución de bienes (o de males) procedimentalmente irreprochable acabará siendo incluso *procedimentalmente* inaceptable si conduce muy asiduamente a resultados sustantivamente injustos. No hay, por tanto, justicia procedimental pura; o con más precisión: no hay justicia procedimental si ésta conduce a resultados sustantivamente injustos. Por eso Rawls, en ese mismo texto (*Reply to Habermas*), distingue con claridad entre dos clases de problemas. Por un lado, están los problemas de legitimidad, vinculados a los procedimientos que tenemos para resolver nuestras disputas, que se detectan y resuelven en función del incumplimiento y el cumplimiento —respectivamente— de las mismas reglas que los conforman. Y, por el otro, están los problemas de justicia, vinculados a los resultados de esos procedimientos, cuya detección y resolución depende de parámetros morales externos a tales reglas, desde los cuales puede reprobarse, por tanto, incluso su *cumplimiento*.

VII.

No es necesaria esta aclaración, pero quiero decir lo siguiente: si me he ocupado con tanto detenimiento de los comentarios de Matías no es, únicamente, por tratar de escapar a las malas

costumbres señaladas por Nino (entre otros), recordadas en la presentación de estos “Debates en Derecho Penal”. La razón principal, naturalmente, reside en la la profundidad de las críticas que Matías me ha dirigido. El tema sobre el que hemos debatido se presta especialmente a ser abordado en forma superficial, con base en meros eslóganes y lugares comunes. No es lo que hizo Matías, ni lo que haría, pues estamos ante un académico de dotes singulares que no solo conoce perfectamente las reglas de este juego del “bien debatir”, sino que, además, domina su materia como pocos. Por eso ha sido un placer para mí haber tenido esta oportunidad de discutir con él.

ARTÍCULOS

EL DISCURSO DEL ODIIO EN CLAVE PENAL – UN PRIMER ACERCAMIENTO

Anna RICHTER*

Fecha de recepción: 1.º de julio de 2020

Fecha de aceptación: 22 de febrero de 2021

Resumen

El discurso del odio no solo presenta un ámbito de investigación interesante por la actualidad de las discusiones políticas y sociales en las que se percibe este fenómeno, sino también porque algunas de las discusiones que suscita esta figura se corresponden con debates conocidos en el derecho penal. Así, la aptitud de la dignidad humana como objeto de protección se encuentra tanto en la discusión del discurso del odio como en el debate de la dogmática penal por los bienes jurídicos. También la pregunta de si se debería exigir que una acción conlleve cierto grado de riesgo para el bien jurídico protegido es un tema discutido tanto en el marco del discurso de odio como en la dogmática penal, donde se lo ubica en la discusión por los delitos de peligro. Con ello se plantea la pregunta de si las respuestas que se dan en el marco del discurso del odio son compatibles con las exigencias del derecho penal.

Palabras clave: discurso del odio, bien jurídico protegido, delitos de peligro

Title: *Hate speech from a criminal law point of view – a first approach*

Abstract

Hate speech is an interesting research field, not only because of the topicality of the political and social discussions in which this phenomenon can be perceived, but also because of the coincidence between the discussions raised by this figure and well-known debates in criminal law. The adequacy of human dignity as protected object can be found in the discussion about hate speech and in the

* CONICET-UNC-CIJS, UES21, anna.e.m.richter@gmail.com. Abogada por la Universidad Ludwig-Maximilian, Múnich, Alemania; Magister en Global Rule of Law por la Universidad de Génova, Italia; Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Ludwig-Maximilian, Múnich, Alemania y la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina en co-tutoría. Docente en la Universidad Empresarial Siglo 21 y la Universidad Nacional de Córdoba. Actualmente becaria posdoctoral de CONICET.

criminal law debate about the objects of legal protection. The question whether one has to demand that an action entails a certain risk for the protected object is discussed in the context of hate speech and in criminal law, where it can be found in the discussion about strict liability. This raises the question whether the answers to these problems given in the discussion about hate speech are compatible with criminal law requirements.

Key words: hate speech, object of legal protection, strict liability

Sumario: I. Introducción; II. La legislación argentina y la definición del “discurso del odio”; III. El discurso del odio y el derecho penal; IV. Conclusiones; V. Bibliografía

I. Introducción

La sensibilización tanto en la sociedad como en la comunidad jurídica respecto del sexismo, la violencia de género y las cuestiones de identidad en los últimos años, así como la radicalización de los discursos políticos —que se puede percibir en políticos polémicos como Trump y Bolsonaro y en el resurgimiento de una derecha más radical reforzada en Europa— han reavivado una discusión más antigua.¹ Esta gira alrededor de la pregunta sobre cómo se deberían tratar las expresiones lingüísticas difamatorias o despectivas contra determinadas personas o grupos de personas.

Si bien los dos grandes tópicos del discurso del odio de las últimas décadas han sido el racismo, expresado p. ej. por miembros de agrupaciones extremistas como el Ku Klux Klan en Estados Unidos, y la negación de los crímenes de lesa humanidad cometidos bajo el nacionalsocialismo alemán, en los últimos años se ha ampliado la discusión al ámbito de las cuestiones de género, libertad sexual e identidad.

El discurso del odio no solo presenta un ámbito de investigación interesante por la actualidad de las discusiones políticas y sociales en las que se percibe este fenómeno, sino también por la posible tensión que se puede dar entre el deseo de proteger a minorías y grupos vulnerables que se expresa en la pretensión de prohibir el discurso del odio y las exigencias del derecho penal que establecen pautas estrictas para la aplicación de sanciones a los ciudadanos.

¹ Solo a modo de ejemplo, BUTLER, *Excitable Speech: A Politics of the Performative*, London, Routledge, 1997; GLUCKSMANN, *El discurso del odio*, Madrid, Taurus, 2005.

En el presente texto se analizarán algunos de los problemas que presenta el llamado discurso del odio para el derecho penal. En especial, se pretende sistematizar algunas dificultades y realizar una cartografía de análisis de los problemas teóricos a los que da lugar bajo ciertas interpretaciones de bien jurídico y de peligro abstracto y concreto. Para ello, en un primer momento se presentará una posible definición de “discurso del odio” y se analizará si la figura así entendida encuentra una respuesta penal en el ordenamiento jurídico argentino. Después, se exhibirán dos discusiones conocidas en la dogmática penal, la pregunta de si y bajo qué circunstancias la dignidad humana puede considerarse un bien jurídico penalmente protegido y el debate sobre las exigencias a los delitos de peligro. Ambas discusiones se aplicarán a las particularidades del discurso del odio para luego indagar si la legislación argentina sobre el discurso del odio respeta las exigencias penales en estas dos áreas.

II. La legislación argentina y la definición del “discurso del odio”

De los varios desafíos que plantea el tema del discurso del odio, el primero consiste en definir el fenómeno mismo del discurso del odio. Según la definición de las Naciones Unidas, el discurso del odio es “cualquier forma de comunicación de palabra, por escrito o a través del comportamiento, que sea un ataque o utilice lenguaje peyorativo o discriminatorio en relación con una persona o un grupo sobre la base de quiénes son o, en otras palabras, en razón de su religión, origen étnico, nacionalidad, raza, color, ascendencia, género u otro factor de identidad”.²

De ello se puede inferir que el discurso del odio contiene tres elementos: el discurso, el odio y la referencia de ese odio a alguna faceta elemental y constituyente de la persona.

El elemento del discurso así entendido no plantea mayores dificultades, pues comprende tanto las expresiones verbales como enunciados escritos y gestos corporales. El elemento del odio es más difícil de captar. Es un sentimiento negativo basado en un fuerte desprecio de otra persona, que ha sido descrito como una “antipatía y aversión [...] hacia alguien cuyo mal se desea”³ o como

² Esta es la definición de la ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU), que se puede encontrar p. ej. en la *Estrategia y plan de acción de las Naciones Unidas para la lucha contra el discurso de odio* de mayo del 2019, disponible en: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/advising-and-mobilizing/Action_plan_on_hate_speech_ES.pdf [enlace verificado el día 28 de febrero de 2021].

³ Así, la definición de “odio” de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, disponible en: <https://dle.rae.es/odio> [enlace verificado el día 28 de febrero de 2021].

“emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y detestación”.⁴ Por último, se requiere que ese odio se refiera a una característica especial de la víctima del discurso, a saber, a algún elemento de su identidad. Mediante la referencia a la identidad, el odio parece dirigirse no solo a una persona específica, sino siempre a todas las personas que comparten tal rasgo constituyente. Con ello, la manifestación de odio debido a rasgos personales que no determinan la identidad de alguien no puede considerarse discurso del odio. Por ello, quedan excluidas del discurso de odio las afirmaciones hechas en peleas entre familiares, (ex)parejas u otras relaciones en las que puedan surgir conflictos verbales que expresan odio, pero no por cuestiones de identidad, sino más bien basado en razones personalísimas.

Con independencia de la dificultad de su definición, se presenta el desafío de cómo y bajo qué condiciones el Estado debe reaccionar al discurso del odio. El primer problema para una reacción estatal al discurso del odio se encuentra en la compatibilidad o incompatibilidad de una limitación —o incluso prohibición— del discurso del odio con el principio de la libertad de expresión. Respecto de esta tensión se pueden identificar a grandes rasgos dos corrientes contrarias: por un lado, una opinión permisiva, según la cual la libertad de expresión debe prevalecer incluso en casos de afirmaciones ultrajantes⁵ y, por otro lado, la opinión restrictiva, según la cual existen buenas razones para prohibir ciertas afirmaciones altamente despectivas.⁶ Esta pregunta por la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la prohibición del discurso del odio es un tema de discusión ardua desde que emergió la figura del discurso del odio en la discusión pública y ha generado una gran cantidad de literatura y fallos judiciales.⁷

⁴ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Informe Anual n.º AA/HRC/22/17/Add.4*, p. 10, nota 5, disponible en: <https://undocs.org/A/HRC/22/17/Add.4> [enlace verificado el día 28 de febrero de 2021].

⁵ Así, la posición de COLEMAN, *La censura maquillada. Cómo las leyes contra el “discurso del odio” amenazan la libertad de expresión*, Madrid, Aceprenta, 2018; DWORKIN, *El Derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana*, Lima, Palestra, 2019; SCANLON, “Teoría de la libertad de expresión”, en: DWORKIN (ed.), *La filosofía del derecho*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2014.

⁶ BERTONI, “Estudios sobre la prohibición de la incitación al odio en las Américas”, en: OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, 2006, p. 20, disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Expression/ICCPR/Santiago/SantiagoStudy_sp.pdf [enlace verificado el día 28 de febrero de 2021]; MACKINNON, *Only Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1993; WALDRON, *The Harm in Hate Speech*, Cambridge, Harvard University Press, 2012.

⁷ De la vasta literatura sobre la posible tensión entre el discurso del odio y la libertad de expresión se mencionarán solo a modo de ejemplo los textos citados en las notas al pie n.º 5 y 6. También son de gran interés los informes y planes de la

Que la discusión sobre el discurso del odio se haya concentrado sobre todo en la pregunta por su compatibilidad con la libertad de expresión quizás pueda explicarse por la importancia que tienen las constituciones en nuestros ordenamientos jurídicos y especialmente por el hecho de que la inconstitucionalidad es un argumento irrefutable contra cualquier figura jurídica. Es decir, si la prohibición del discurso del odio atenta contra algún principio constitucional, entonces no hay lugar para tal prohibición en el ordenamiento jurídico y por ende no tiene mucho sentido preguntarse por su compatibilidad con otras normativas infraconstitucionales. Con ello, la constitucionalidad o inconstitucionalidad puede considerarse el primer eslabón que ha de superar cualquier figura que se pretende incorporar en el ordenamiento jurídico.

Como bien demuestra la sanción de leyes como el art. 3, Ley 23.592 o el art. 212, CP, el legislador argentino ha afirmado la compatibilidad de la prohibición de ciertos discursos con la libertad de expresión. Con ello surgen nuevas preguntas, ya que no ha de perderse de vista que las exigencias que establece el ordenamiento jurídico a sus figuras no se limitan a cuestiones constitucionales. En la discusión sobre el discurso del odio esta coincidencia con otras exigencias del ordenamiento jurídico más allá de la libertad de expresión es un tema mucho menos discutido, pero no por ello irrelevante. Por ello, en este artículo dejaré de lado la ya conocida discusión sobre la compatibilidad de la prohibición del discurso del odio con la libertad de expresión y me ocuparé de las preguntas mucho menos analizadas de si y cómo una prohibición del discurso del odio puede adaptarse a las exigencias específicas del derecho penal.⁸

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, p. ej., el *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos acerca de los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso*, A/HRC/22/17/Add. 4 del 11.01.2013; el *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, A/74/486 del 09.10.2019; o la *Estrategia y plan de acción de las Naciones Unidas para la lucha contra el discurso de odio*, de mayo de 2019, disponible en: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/advising-and-mobilizing/Action_plan_on_hate_speech_ES.pdf [enlace verificado el día 28 de febrero de 2021]. De los muchos fallos judiciales se pueden mencionar los casos “Brandenburg v. Ohio”, 09.06.1969 (395 U.S.444) y “Hess v. Indiana” 19.11.1973 (414 U.S. 105) de la CORTE SUPREMA DE LOS EE.UU. y del TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS los casos “Norwood v. United Kingdom”, 16.07.2003 (application n.º 23131/03); “Vejdeland and others v. Sweden”, 09.05.2012, (application n.º 1813/07); “Belkacem v. Belgium”, 27.06.2017 (application n.º 34367/14). De la jurisprudencia nacional, se pueden citar los siguientes fallos: CSJN, “Campillay”, del 15.05.1986 (Fallos: 306:174); CSJN, “Ponzetti de Balbin”, del 11.12.1984 (Fallos: 319:3148); CSJN, “CHA”, del 22.11.1991 (Fallos: 314:1531); CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL, Sala 2, “Russo, Ricardo y otros”, del 12.04.1999.

⁸ Mi primer acercamiento a la compatibilidad de la legislación argentina del discurso del odio y la libertad de expresión se encuentra en RICHTER, “El discurso del odio en Argentina. Un primer acercamiento”, en: IOSA/GARGARELLA/ÁLVAREZ (eds.), *El artículo 19 de la Constitución Nacional*, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 2020, pp. 697-718.

Para acercarme a esta pregunta presentaré primero la legislación vigente en la Argentina relacionada con la prohibición penal del discurso del odio y después me ocuparé de algunos problemas específicos que plantea la figura del discurso del odio para el derecho penal.

Aunque el tema del discurso del odio no está muy presente en las discusiones jurídicas actuales, se encuentran varias regulaciones legales en diferentes niveles de nuestro ordenamiento jurídico que se refieren a esta figura.

Aparte de los tratados internacionales que obligan a los Estados miembros —entre estos la Argentina— a tomar medidas contra la apología del odio o la difusión de ideas basadas en el odio, existe con la Ley 23.592 una legislación nacional específica que se ocupa del discurso del odio y otros actos discriminatorios.⁹ Según su art. 3, se imponen sanciones de privación de libertad de un mes a tres años a “los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma”, así como a “quienes por cualquier medio alentaren o incitaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas”.

Además, se puede recurrir a dos artículos del Código Penal. El art. 212, CP prevé una pena de tres a seis años para quien “públicamente incitare a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones, por la sola incitación” y bajo el título de “apología del crimen” del art. 213, CP “será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito”.

En un sentido más amplio, también se podría mencionar el art. 2 Ley, 23.592 que prevé la elevación de la pena para todo delito comprendido en el Código Penal y leyes complementarias si fue cometido por “la persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”. Una regulación muy parecida que considera el “odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión” como agravante del homicidio se encuentra en el art. 80, inc. 2, n.º 4, CP.

⁹ Así, el art. 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CIEDR); art. 20, inc. 2, del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (PIDCyP); art. 13, inc. 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Sin embargo, estos dos últimos artículos quedarán fuera del análisis aquí presentado porque el odio allí no es considerado la acción típica en sí, sino solo funge como causa de otra acción típica.

La comparación de esos artículos con la definición del discurso del odio muestra que no hay una coincidencia absoluta entre los actos definidos como discurso del odio y los actos prohibidos por la legislación mencionada. Por un lado, el legislador argentino no ha sancionado todos los actos de discurso del odio con penas, sino solo aquellos que, aparte de ser discurso del odio en el sentido arriba definido, comprenden otros elementos. Se puede decir entonces que, para ser prohibido, se exige algo más que el mero discurso del odio. Por el otro lado, hay actos prohibidos por el legislador argentino que no parecen llegar a ser discurso del odio y en ese sentido, la legislación exige menos que un discurso del odio.

En el art. 3, Ley 23.592 se encuentran ambos casos, y eso es así porque ese artículo comprende dos actos diferentes. El primero es la participación en una organización o la realización de propaganda “basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma”. Allí, la exigencia del discurso se cumple claramente en la forma de la realización de propaganda, pero el requisito de la participación en una organización parece ser diferente a la exigencia de un discurso. En efecto, la participación en una organización es una actividad de tiempo más extendido que la realización de un discurso y en ese sentido, se la puede considerar como más exigente que el discurso. Por el otro lado, la participación en una organización puede realizarse sin mayor involucramiento personal, a diferencia del discurso que exige una actitud proactiva del agente. En ese sentido, se podría decir que la participación en una organización exige menos que el discurso.¹⁰ El elemento del odio tampoco está comprendido de manera inequívoca, dado que se puede discutir si las “ideas o teorías de superioridad” son suficientes para poder hablar de odio en el sentido de una fuerte emoción de desprecio o detestación. El último requerimiento de la definición del discurso del odio en cambio, según el cual el odio debe referirse a la identidad de la víctima del discurso, se encuentra explícitamente en la primera alternativa del art. 3, Ley 23.592, pues allí se exige que las afirmaciones se refieran a la raza, religión, origen étnico o color. Aparte de esos tres elementos —discurso, odio e identificación— se encuentra una ulterior exigencia en la primera alternativa del art. 3, Ley 23.592, a saber, que la acción “tenga [...] por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en

¹⁰ En la medida, claro está, que formar parte de la organización no exija necesariamente dar discursos. La diferencia asume que normalmente no todos los participantes de organizaciones toman la palabra públicamente.

cualquier forma”. No es suficiente que el agente participe en organizaciones o realice propaganda de la manera descripta, además lo tiene que hacer con la finalidad de justificar o promocionar la discriminación racial o religiosa. Con ello, la primera alternativa del art. 3, Ley 23.592 establece un requisito adicional no comprendido en el concepto del discurso de odio. En resumen, se puede decir que la primera alternativa del art. 3, Ley 23.592 comprende el discurso del odio, pero también otras conductas que no llegan a cumplir con los requisitos de esta figura.

La segunda alternativa del art. 3 Ley 23.592 sanciona a “quienes por cualquier medio alentaren o incitaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas”. Aquí, los tres elementos del discurso del odio se encuentran de manera más clara. El discurso está comprendido dentro de las acciones de alentar o incitar, el odio se encuentra explícitamente —y de manera implícita en el requisito de la persecución— y el requisito de la identidad está expresado en la enumeración de “raza, religión, nacionalidad o ideas políticas”. Sin embargo, los requisitos de “alentar” o “incitar” van más allá del mero discurso, pues parecen expresar que el discurso debe pretender activar a sus oyentes a algún tipo de acción —la persecución— o, por lo menos debe estar dirigido a despertar en ellos una emoción, el odio. Con ello, la segunda alternativa del art. 3, Ley 23.592 comprende el discurso del odio, con la salvedad de que solo se aplica una sanción si a ese discurso se añade el requisito de alentar o incitar a la persecución o el odio. Hasta aquí las dos alternativas de la Ley 23.592. Resta un recorrido por las otras dos normas penales relevantes.

El art. 212, CP exige la incitación pública, lo que comprende el discurso, pero va más allá de ello, por un lado, porque tal incitación tiene que realizarse de manera pública y, por el otro lado, porque el término “incitación” requiere que el discurso pretenda despertar en su auditorio el deseo de actuar, en este caso, el deseo de realizar actos de violencia colectiva contra otros. El odio en cambio no está comprendido entre los requisitos del art. 212, CP. Por ello, es posible que la iniciativa del agente se base en el odio contra los grupos afectados, pero también se podrían imaginar casos en los que el agente actúe no por odio sino por otras razones, como el deseo de obtener y ejercer poder sobre su auditorio o el puro placer de destruir sin que le importen las víctimas. El art. 212, CP tampoco incluye el requisito de la identidad, con lo que las víctimas pueden ser elegidas por características que no definen su identidad. Esto significa que el art. 212, CP comprende algunos casos de discurso del odio, pero también otros actos de incitación a la violencia que no se basan en el odio. Por el otro lado, el art. 212, CP exige algo más que el mero discurso del odio: la incitación a la violencia colectiva.

Al igual que el artículo anterior, el art. 213, CP coincide solo en parte con el discurso del odio, a saber, en aquellos casos en los que la apología del delito se realiza para victimizar aún más a las víctimas de los delitos elogiados o para alentar a nuevos delitos contra ese grupo. Cuando la apología del delito se hace por razones no relacionadas con las víctimas de los delitos alabados, p. ej., para elogiar la astucia de aquellos que evaden impuestos, entonces no hay coincidencia con el discurso del odio.

Si se consideran estos artículos conjuntamente, se puede concluir que el discurso del odio está prohibido en el ordenamiento jurídico argentino, pero solo si se dirige a justificar la superioridad étnica o religiosa de un grupo por encima de otro, cuando consiste en la apología de un delito o cuando se realiza mediante el aliento o la incitación a la persecución, el odio o la violencia contra terceros.

III. El discurso del odio y el derecho penal

Aparte de la pregunta por la compatibilidad de la prohibición del discurso del odio con la libertad de expresión, que no se tratará en este artículo, y las cuestiones mencionadas arriba sobre el alcance de la regulación del discurso del odio en la Argentina, se plantea un ulterior interrogante que se refiere a la ubicación de esa figura jurídica en el derecho penal. Pues, de todas las acciones humanas reguladas por el derecho, se considera que el derecho penal se debe ocupar de una parte bien restringida: solo de aquellas que impliquen un perjuicio sustantivo entre ciudadanos.

Esta limitación del ámbito de aplicación del derecho penal se debe a que este es considerado la herramienta de coacción más filosa que tiene el Estado frente a sus ciudadanos. Solo en ese marco el Estado puede imponer sanciones, detener a personas, privarlas de su libertad incluso por años, entrometerse en sus viviendas, interceptar llamadas telefónicas y exponerlas a un juicio penal público, lo que muchas veces conlleva una pérdida de reputación.

Por ello, el derecho penal es considerado la *ultima ratio* del Estado, la última herramienta que solo puede aplicar a casos gravísimos y en situaciones en las que otras soluciones del conflicto social no tienen efecto.¹¹

¹¹ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo I, *Grundlagen der Aufbau der Verbrechenlehre*, München, C. H. Beck, 2006, § 2 K n.º m. 97; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, De Gruyter, 1969 [1954], p. 6. En lo que sigue, presupondré las nociones

En la dogmática penal centroeuropea, esta idea ha sido retomada en la exigencia de que el derecho penal solo debería aplicarse para la protección de los llamados bienes jurídicos.¹² La doctrina de los bienes jurídicos protegidos es compatible con, pero no implica necesariamente, la llamada teoría o principio del daño (de fuerte desarrollo en el ámbito anglosajón).¹³ Si bien estas dos herramientas de delimitación difieren en algunos aspectos y cada una presenta problemas específicos, pueden compartir un ámbito común: los derechos individuales de las personas y la exigencia del *neminem laedere*, es decir, de un deber fundamental de no dañar a los demás.¹⁴

Esta obligación básica de no dañar a otros se basa en dos ideas de estirpe liberal: la concesión de una libertad lo más amplia posible para cada persona y la percepción de esa libertad en sentido negativo,¹⁵ como una garantía contra las interferencias de terceros. Este principio de libertad negativa forma el núcleo de las teorías liberales.¹⁶ Con ello, en el ámbito del pensamiento liberal, las obligaciones básicas de las personas para con los demás también se ven expresadas en ese principio de libertad negativa: han de respetar las libertades de terceros y *prima facie* no les es permitido interferir en estas.

básicas de bien jurídico protegido en la dogmática penal. Es discutido en la dogmática penal de corte continental si las teorías que hacen hincapié en el bien jurídico son parcial o totalmente inútiles. Se suele sostener, en clave funcionalista sofisticada, que las normas penales no protegen bienes, sino que están dirigidas a la estabilización de expectativas e intervienen de manera compleja en el ámbito comunicativo. El presente texto no desconoce tal problema. Por el contrario, lo que se intenta mostrar es que una teoría de los bienes jurídicos protegidos debe responder ciertos interrogantes si desea abordar el discurso del odio. Tales consideraciones son útiles sea que se considere que la teoría del bien jurídico protegido conserva alguna utilidad, sea que se lo niegue.

¹² Según ROXIN, *supra* nota 11, § 2 C n.º m. 7, los bienes jurídicos comprenden “todas las circunstancias o finalidades [...] necesarias para el libre desarrollo del particular, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal basado en esos objetivos” (la traducción es mía).

¹³ Solo de manera ejemplar: HARCOURT, “Mill’s *On Liberty* and the Modern ‘Harm to Others’ Principle”, en DUBBER (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 163 ss; FEINBERG, *The Moral Limits of Criminal Law*, vol. 1: *Harm to Others*, Oxford University Press, Oxford, 1984.

¹⁴ WELZEL, *supra* nota 11, p. 5.

¹⁵ BERLIN, “Two Concepts of Liberty”, en: HARDY (ed.), *Isaiah Berlin. Liberty. Incorporating Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 169 s.

¹⁶ RAWLS, *Teoría de la Justicia* (trad. María Dolores GONZÁLEZ), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2.ª ed., 1995 [1979], p. 67, lo expresa explícitamente en su primer principio de justicia (“Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás”) y le da primacía sobre el segundo principio de las desigualdades económicas y sociales. La misma idea se encuentra, de manera más radical, en NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Blackwell Publishers, 1974, p. 30 s, quien permite aún menos limitaciones de esa libertad básica que Rawls.

De estas exigencias generales se pueden inferir dos preguntas para la figura del discurso del odio: primero, ¿qué bien jurídico puede considerarse afectado por el discurso del odio? Y segundo, ¿qué grado de afectación de ese bien jurídico se exige para justificar la intervención penal?

1. El bien jurídico protegido

Una pregunta por analizar respecto del discurso del odio es el bien jurídico u objeto de protección de la prohibición de tales expresiones de odio. Aquí se pueden encontrar por lo menos dos opiniones diferentes. Según un punto de vista, el discurso del odio en sí representa un peligro para la sociedad porque “crea un ambiente propicio para la discriminación y la violencia contra grupos minoritarios de la sociedad”.¹⁷ Siguiendo este razonamiento, la peligrosidad del discurso del odio no consiste en un eventual posterior acto violento incitado por el discurso; más bien, las expresiones ultrajantes en sí expresan un menosprecio de valores democráticos como la posición de que todas las personas tienen la misma dignidad y merecen ser tratadas con igual respeto. El bien jurídico protegido por la prohibición del discurso del odio parece ser entonces la dignidad humana, que se ve afectada por el mero discurso, sin necesidad de daños físicos o ulteriores de otro tipo.

Según la opinión contraria, el discurso del odio en sí no representa ningún daño, más bien estaría amparado por la libertad de expresión.¹⁸ Pero si estas expresiones lingüísticas difamatorias desencadenan en actos de violencia o por lo menos plantean el riesgo de que se puedan dar tales actos, entonces se puede afirmar su peligrosidad y por ende su prohibición.¹⁹ Dicho de otra manera, la prohibición del discurso del odio requiere un nexo causal entre el discurso y un acto violento. Aquí no se protege la dignidad humana, sino la paz y seguridad pública, así como la integridad física de las personas afectadas no por el discurso en sí, sino por sus efectos, los actos violentos causados por este.

Que la integridad física o la paz y seguridad pública pueden ser bienes jurídicos dignos de protección penal no es muy discutido. Respecto de la dignidad humana en cambio sí se plantea la pregunta de si es un bien jurídico apto para recibir protección mediante el derecho penal.

¹⁷ BERTONI, *supra* nota 6, p. 12.

¹⁸ Así, GREENAWALT, *Fighting Words*, New Jersey, Princeton University Press, 1995.

¹⁹ Esto parece ser el punto de vista de parte de la jurisprudencia argentina. Véase: CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL, Sala 2, “Russo, Ricardo y otros”, del 12.04.1999.

La respuesta a esta pregunta depende del concepto de bien jurídico que se emplea y aquí surge la dificultad de que es un concepto muy discutido que estriba en la concepción general del derecho y el Estado que se defienda.²⁰ Dentro de los Estados liberales contemporáneos se entiende que “la tarea del derecho penal consiste en asegurarles a sus ciudadanos una convivencia libre y pacífica, asegurándoles todos los derechos fundamentales garantizados por la constitución”.²¹ Basado en tales funciones liberales del Estado, el bien jurídico es entendido como los elementos de los que necesita disponer cada persona para realizarse según su propio plan de vida.²² Dado que los Estados liberales buscan mantener la mayor esfera de libertad posible para sus ciudadanos, se exige una interpretación restrictiva del concepto de bien jurídico, por lo que la ley penal, que limita al individuo en su libertad de acción, solo debe prohibir lo necesario para alcanzar una coexistencia pacífica y libre.²³ Esta interpretación restrictiva del concepto del bien jurídico parece plantear un problema para la dignidad humana como bien jurídico, pues, se podría pensar que tal coexistencia pacífica y libre solo exige la prohibición de interferencias físicas en la vida, el cuerpo o el patrimonio de los demás. Sin embargo, en la dogmática penal se encuentran voces importantes que incluyen dentro del campo de protección también bienes menos palpables. Así, ZAFFARONI²⁴ considera el honor un bien jurídico digno de protección penal y ROXIN²⁵ menciona explícitamente la necesidad de proteger la dignidad humana porque la considera una condición esencial de la libertad humana. En la obra de este último autor se encuentra una distinción interesante que puede servir para el caso concreto del discurso de odio. Según él, para que una acción típica lesione las condiciones de una coexistencia pacífica, debe afectar la seguridad y libertad de los ciudadanos. Considera que no es la tarea del derecho penal proteger a las personas contra emociones negativas en general, salvo si se trata de una sensación de amenaza, es decir, cuando el ciudadano se siente afectado en su sensación de seguridad. Pues, una convivencia pacífica y libre presupondría que nadie tenga miedo a los demás o esté discriminado por ellos. Con ello, se pueden distinguir varios escenarios. Si la emoción negativa consiste en una sensación de inseguridad causada por la instigación a delitos o la aceptación de estos

²⁰ Así, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 390, n.º m. 233, afirman que el concepto de bien jurídico “guarda estrecho paralelismo con la concepción general del derecho y del Estado que se tenga”. Parecido, ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, tomo I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA/Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/Javier DE VICENTE REMESAL), Madrid, Civitas, 1997, § 2 n.º m. 9.

²¹ ROXIN, *supra* nota 11, § 2 C n.º m. 7 (la traducción es mía).

²² ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 20, p. 46, nm. 16. Muy parecido también ROXIN, *supra* nota 20, § 2 n.º m. 9: los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.

²³ ROXIN, *supra* nota 11, § 2 C n.º m. 8.

²⁴ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *supra* nota 20, p. 46, n.º m. 16.

²⁵ ROXIN, *supra* nota 11, § 2 C n.º m. 8.

por parte de terceros, entonces el ciudadano tiene que suponer que el Estado no cumple con su tarea de asegurar una vida segura y libre.²⁶ Por ello, la prohibición de la intimidación pública estaría justificada, pues tal intimidación afecta a la persona en su sensación de seguridad razonable²⁷ y su prohibición garantiza que el Estado satisface su deber de protección de los ciudadanos. Si, en cambio, las expresiones en cuestión no pueden despertar tal sensación de inseguridad, porque no agitan a terceros a la acción, la intervención penal no estaría justificada. Por ello, ROXIN razona que el negacionismo no sería una actividad digna de prohibición penal, pues se trataría de la mera negación de un hecho histórico que no incita a terceros a la acción. Además, la falsedad de tales afirmaciones estaría históricamente probada y ampliamente reconocida, por lo que el negacionista no recibiría aplauso y aceptación de su público, sino rechazo.²⁸ Con ello, la dignidad humana puede considerarse un bien jurídico digno de protección penal si comprende sensaciones de inseguridad efectiva o razonable, pero no si se refiere a meras emociones negativas e indeseadas.

Si se aplican esas consideraciones generales de ROXIN al caso del discurso del odio, me parece que se podrían inferir cuatro requisitos para la acción discursiva. Primero, debe haber una víctima identificable en la que el discurso puede despertar las sensaciones de inseguridad mencionadas. Con ello, los ataques contra colectivos solo podrían considerarse una afectación de la dignidad humana si está claro que esas afirmaciones se dirigen contra personas específicas.

Segundo, el discurso debería poder tener repercusiones públicas.²⁹ Para ello, las expresiones de odio deben realizarse ante un auditorio y el discurso mismo o sus efectos —la generación de un deseo de realizar actos de violencia en terceros— debe poder llegar a las personas afectadas. Sin esas dos exigencias no se podría producir la sensación de inseguridad mencionada. Esto excluye por un lado monólogos realizados sin que nadie los escuche o apuntes en diarios personales que no están pensados para ser leídos por terceros, porque estos casos carecen de auditorio. Por el otro lado, también estarían excluidas afirmaciones hechas en un entorno personalísimo y privado, donde el agente justificadamente puede asumir que sus expresiones no serán repetidas fuera de ese círculo y por ende no llegarían a oídos de las personas afectadas por el discurso.

²⁶ ROXIN, *supra* nota 11, § 2 n.º m. 28, 40.

²⁷ Una sensación de seguridad es razonable si está basada en razones.

²⁸ ROXIN, *supra* nota 11, § 2 n.º m. 41.

²⁹ Esto también es un requisito requerido para la punibilidad de la “instigación del pueblo” del § 130 del Código penal alemán, STRENG, “Das Unrecht der Volksverhetzung”, en KÜPER/PUPPE/TENCKHOFF (eds.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlín, De Gruyter 1987, p. 514.

Tercero, el discurso debería mostrar cierta insistencia y fuerza de convicción y el menosprecio manifestado debería tener cierta calidad para que puedan despertar la mencionada sensación de inseguridad en las personas afectadas por las expresiones de desprecio.

Cuarto, y desde un punto de vista racional, un discurso solo puede despertar una sensación de inseguridad en una persona si esta manifestación se realiza en un entorno en el que es probable que las expresiones verbales sean retomadas por un tercero que las convierta en actos violentos. Es decir, debe haber una cierta atmósfera de exclusión y falta de respeto frente a la víctima y su colectivo atacado. Qué grupo se ve en tal situación de desprotección depende entonces de las particularidades sociales y culturales de la sociedad en la que el agente realiza su discurso. Así, puede haber expresiones de odio que en una sociedad o en un determinado momento histórico no pueden despertar tal sensación de inseguridad, pero en otro entorno sí lo hacen. Por otro lado, los grupos pertenecientes a la cultura hegemónica no podrán verse en una situación de inseguridad, porque su estatus como grupo dominante les promete protección contra actos violentos basados en el discurso del odio.³⁰

2. El grado de afectación del bien jurídico

Una segunda pregunta que se plantea respecto de las exigencias penales a la figura del discurso del odio es la relativa al grado de afectación del bien jurídico protegido, es decir, si se exige un daño efectivo del bien jurídico o una mera puesta en peligro, en cuyo último caso se añadiría la ulterior cuestión respecto de la permisividad de la prohibición de peligros concretos o abstractos. Se trata entonces de la discusión sobre los delitos de lesión versus delitos de peligro.

Aquí ha de distinguirse nuevamente entre la dignidad humana como bien jurídico por un lado y la integridad física y la paz y seguridad pública por el otro.

Si se asume como bien jurídico la dignidad humana, el discurso del odio podría considerarse un delito de peligro, porque tal como se ha expuesto arriba, el recurso a la dignidad humana como bien jurídico requiere que la acción discursiva despierte en la víctima una sensación de inseguridad, lo que presupone que existe un riesgo de que el discurso sea retomado por terceros que lo conviertan en actos discriminatorios o violentos. Este peligro de discriminaciones u actos violentos también

³⁰ Por hegemonía entiendo prácticas jerárquicas, de poder u organización social genéricamente aceptadas en una comunidad política. En un país como la Argentina, por el momento, el discurso de odio contra quienes valoran el fútbol como práctica y entretenimiento no puede considerarse en este sentido discurso del odio, en la medida en que la práctica misma no solo es bien vista, sino protegida por diversos niveles sociales e institucionales.

significa un peligro para la dignidad de la víctima. Pero el hecho relevante para determinar si se ha lesionado la dignidad humana no parece consistir solamente en las consecuencias del discurso, sino en el hecho del discurso mismo. En efecto, las meras expresiones de desprecio ya pueden lesionar la dignidad de la persona afectada, sin que haga falta algún efecto ulterior. Como se ha visto arriba, bajo una interpretación, un acto penalmente relevante contra el bien jurídico de la dignidad humana requiere que el discurso del odio se dirija contra personas identificables, que pueda tener repercusiones públicas, que tenga cierta insistencia y calidad y que se dirija contra una persona o un grupo respecto de los que se puede constatar una atmósfera de exclusión y falta de respeto general en la sociedad. Si se dan estos requisitos, entonces el discurso mismo daña la dignidad de las personas afectadas y el discurso del odio ha de considerarse un delito de lesión.

Si en cambio el bien jurídico protegido por la prohibición del discurso del odio es la integridad física o la paz y seguridad pública, entonces el discurso del odio mismo no puede representar un daño a esos bienes, pero quizás los pueda poner en peligro. Con ello, respecto de los bienes jurídicos de la integridad física y la paz y seguridad pública, el discurso del odio ha de entenderse como un delito de peligro, por lo que se plantea la pregunta por el grado de peligrosidad requerido por el derecho penal. Aquí, corresponde referirse a la clásica distinción entre delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto.

Generalmente se establecen dos exigencias para un delito de peligro concreto. Primero, el objeto de acción debe haber entrado en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro, es decir, el agente debe haber adquirido la capacidad de poder lesionar el objeto en cuestión. Segundo, la acción inculpada debe haber creado el peligro próximo de lesión del objeto de acción. Ese peligro se determina *ex ante*, es decir, desde el punto de vista del agente en el momento de realizar la acción.³¹

Si se aplican esas diferenciaciones y exigencias al discurso del odio, entonces el peligro concreto necesario para la prohibición penal parece exigir la identificación de un objeto de acción concreto en el sentido de posibles víctimas identificables que podrían sufrir los ataques de terceros a los que incita el discurso. No basta entonces con un discurso general contra “los extranjeros”, si con ello no se identifican determinadas personas, como p. ej. “los extranjeros que viven en el barrio”. Para que haya un peligro próximo de lesión, las manifestaciones de desprecio deben realizarse con cierto carácter público, porque se requiere un auditorio que pueda ser incitado. Además, parece necesario

³¹ ROXIN, *supra* nota 11, § 11 B n.º m. 147 ss.

que las expresiones se realicen en un entorno indiferente o incluso hostil frente a las personas afectadas, porque solo entonces el agente puede asumir que su auditorio está dispuesto a aceptar las afirmaciones degradantes y a sentirse incitado a acciones contra los grupos afectados. Por último, para que haya peligro próximo de lesión, se podría pensar en exigir que el discurso tenga cierta insistencia y fuerza convincente y que el odio expresado tenga cierta gravedad, porque solo un discurso convincente con un claro mensaje de desprecio puede llevar a terceros a la acción. El peligro próximo de lesión depende entonces no solo de las palabras pronunciadas sino también de las circunstancias en las que son expresadas.

Con ello se puede concluir que el discurso del odio que cumple con los requisitos mencionados efectivamente presenta un peligro concreto para los bienes jurídicos protegidos.

En los delitos de peligro abstracto, en cambio, no se exige ninguno de los dos requisitos mencionados. Más bien, la penalización se basa en la peligrosidad típica o general de una acción, sin que entre en consideración la producción real de un peligro para un objeto protegido específico e identificable.³²

Esto significa que la acción del discurso del odio en sí debería conllevar un peligro general e intrínseco para los bienes jurídicos de la integridad física y la paz y seguridad pública. Sin embargo, esto no parece ser el caso, pues no cualquier expresión de desprecio que se dirige contra la identidad de la víctima conlleva un peligro para la integridad física de la persona afectada o para la paz y seguridad pública. Para ello, se deberían establecer más requisitos, como p. ej. que el discurso pueda incitar a terceros a actos violentos, pero eso nos llevaría de nuevo a un peligro concreto.

Respecto de los delitos de peligro abstracto se plantea el problema adicional de que su permisibilidad es altamente discutida en la dogmática penal.³³ Pero dado que en el caso específico que aquí nos interesa ha de rechazarse la peligrosidad general del discurso del odio, y por ende no se puede aplicar la figura del delito de peligro abstracto (dadas las bases dogmáticas indicadas), no

³² ROXIN, *supra* nota 11, § 11 B n.º m. 153.

³³ Críticos: RUSCONI, “Algunas observaciones sobre el futuro de la dogmática jurídico penal y el sistema del hecho punible”, en *Revista Pensamiento Penal*, 2006, disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/30930-algunas-observaciones-sobre-futuro-dogmatica-juridico-penal-y-sistema-del-hecho> [enlace verificado el día 1.º de marzo de 2021]; MAIER, “Estado democrático de Derecho, Derecho penal y procedimiento penal”, en MAIER/CÓRDOBA (eds.), *¿Tiene un futuro el derecho penal?*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009, p. 96; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1999, p. 88, mencionando a más autores tanto a favor como en contra de los delitos de peligro abstracto. A favor, en cambio: ROXIN, *supra* nota 11, § 11 B n.º m. 153.

me voy a ocupar de las razones generales a favor o en contra de la inclusión de esa figura en los ordenamientos jurídico-penales.

3. Comparación de los requisitos penales con la legislación argentina

Las observaciones realizadas hasta ahora pueden llevarnos a la conclusión de que el discurso del odio puede incorporarse en la interpretación del derecho penal al menos de dos maneras diferentes: por un lado, se lo puede concebir como un delito de lesión cuyo bien jurídico es la dignidad humana, por el otro lado, se lo puede comprender como un delito de peligro concreto que protege los bienes jurídicos de la integridad física y la paz y seguridad pública. En ambos casos, las particularidades del derecho penal establecen exigencias a la configuración del discurso del odio. En el primer caso — el recurso a la dignidad humana como bien jurídico—, el discurso del odio debe despertar en la víctima sensaciones de inseguridad efectiva, en el segundo caso —el recurso a la integridad física y la paz y seguridad pública como bienes jurídicos protegidos—, el peligro concreto se puede afirmar cuando el objeto de acción entró en el ámbito operativo del agente y cuando la acción creó el peligro próximo de lesión del objeto de acción. En ambos casos, estos requisitos parecen estar satisfechos cuando se dan las mismas cuatro condiciones, a saber, cuando se trata de un discurso público que tiene cierta insistencia y gravedad y que se dirige contra personas identificables que ya se encuentran en una situación de desprotección. Esto significa que las exigencias penales a la figura del discurso del odio son independientes de si se comprende el discurso del odio como un delito de lesión contra la dignidad humana o como un delito de peligro concreto contra la integridad física o la paz y seguridad pública.

La aplicación de estos requisitos a la legislación vigente en la Argentina puede llevar a las siguientes consideraciones. El requisito de la publicidad del discurso está comprendido tanto en el art. 3, Ley 23.592 como en el art. 212, CP o el art. 213, CP. Las acciones sancionadas en el art. 3, Ley 23.592, la participación en una organización, la realización de propaganda, el aliento o la incitación de otros, requieren de un auditorio o de cierta publicidad. Y los arts. 212 y 213, CP exigen explícitamente la publicidad de las acciones comprendidas en estos.

Respecto de los requisitos de la insistencia y fuerza de convicción del discurso y la gravedad del odio expresado no hay una coincidencia tan clara con las leyes analizadas. Aun así, en lo siguiente se hará el intento de interpretar los textos normativos de tal manera que sean compatibles con las exigencias dogmático-penales establecidas arriba. La insistencia del discurso está comprendida en el art. 3, 1.^a alt., Ley 23.592 porque la participación en una organización y la realización de

propaganda presuponen cierta reiteración y permanencia en el tiempo. Si bien las “ideas o teorías de superioridad” exigidas en el art. 3, 1.ª alt., Ley 23.592 no necesariamente presuponen un sentimiento de odio, se puede argumentar que la “justificación o promoción de la discriminación” requeridas en el art. 3, 1.ª alt., Ley 23.592 sí expresan un grado de desprecio suficiente. En el caso del art. 3, 2.ª alt., Ley 23.592, la insistencia del discurso y la gravedad del odio se expresan en los requisitos de aliento e instigación, pues solo un discurso insistente que muestre fuerza persuasiva y tenga un claro mensaje de desprecio puede mover a otros a la acción. Para el art. 212, CP vale lo mismo que para el art. 3, 2.ª alt., Ley 23. 592. Y en el marco del art. 213, CP se puede argumentar que la apología comprende un discurso insistente que expresa el grado de odio requerido.

A diferencia de los requisitos arriba mencionados, la exigencia de la identificación de la persona o los grupos afectados no puede encontrarse en el art. 3, 1.ª alt., Ley 23.592 porque las acciones allí descritas de propaganda y participación en organizaciones se pueden realizar contra colectivos sin que se aislen posibles víctimas concretas. Respecto de la segunda alternativa del art. 3, Ley 23.592 y el art. 212, CP en cambio sí se puede argumentar a favor de tal identificación porque el aliento o la incitación a la persecución o el odio requieren que haya un grupo identificable contra el que se dirigen esas acciones. En el art. 213, CP en cambio, no hay ninguna referencia a posibles víctimas, ni siquiera de manera generalizada.

El requisito de la atmósfera de exclusión y falta de respeto no se exige explícitamente en la legislación argentina. Sin embargo, se puede argumentar que la “justificación o promoción de la discriminación” mencionada en el art. 3, 1.ª alt., Ley 23.592 solo es posible en circunstancias en las que los grupos afectados se ven en una situación de menor aprecio social. También puede verse comprendido en los elementos de “instigación” y “aliento” previstos en el art. 3, 2.ª alt., Ley 23.592 y el art. 212, CP porque no se puede suponer que se está instigando a alguien a la violencia si no existe una atmósfera general de desprecio hacia los grupos afectados. En el caso del art. 213, CP en cambio, no hay indicios para tal atmósfera de desconsideración.

IV. Conclusiones

Dentro de la vasta gama de preguntas que se pueden plantear respecto del discurso del odio, este trabajo se ha centrado en dos propósitos, analizar el tratamiento que le da la legislación argentina al discurso del odio e investigar dos desafíos específicos que puede plantear el derecho penal a la figura del discurso del odio, la pregunta por el bien jurídico protegido y la cuestión del grado de afectación de ese bien jurídico.

Respecto de la primera cuestión se puede concluir que la legislación argentina no prohíbe el mero discurso del odio, entendido este según la definición de la ONU como una expresión de odio referida a una faceta de la identidad de otra persona. Más bien, la normativa exige que tal discurso justifique o promueva la discriminación racial o religiosa, que incite o aliente a la violencia o a la discriminación o que a la vez signifique una apología de un crimen.

Desde el punto de vista de las teorías dogmático-penales aquí recorridas han de celebrarse esos requerimientos adicionales establecidos por la normativa argentina, dado que las teorías penales también exigen requisitos específicos para la prohibición del discurso del odio. Según esos últimos, se debe tratar de un discurso público que tiene cierta insistencia y gravedad y que se dirige contra personas identificables que ya se encuentran en una situación de desprotección.

La comparación de esas exigencias penales con la legislación vigente ha demostrado que no todos los requisitos penales se ven reflejados en la normativa actual: si bien el carácter público puede encontrarse como requisito en la legislación vigente, la identificación de las víctimas, la gravedad e insistencia del discurso, así como la atmósfera de desprotección no son comprendidos tan claramente en la normativa argentina. Aun así, el art. 3, 2.º alt., Ley 23.592 y el art. 212, CP pueden interpretarse de tal manera que abarquen estos requisitos, pero respecto del art. 3, 1.º alt., Ley 23.592 y del art. 213, CP hay menos compatibilidad.

El último requisito de la atmósfera de desprotección parece ser de especial relevancia para la penalización del discurso del odio porque resalta que no cualquier expresión de desprecio establece una situación de afectación de la víctima que merece la intervención del derecho penal. Solo en aquellos casos en los que el odio se dirige contra una persona que no puede contar con el apoyo y la protección de sus conciudadanos se puede afirmar la necesidad de intervención del derecho penal. En aquellos casos en los que el discurso del odio se refiere a personas o colectivos no marginados, sino pertenecientes a la cultura hegemónica, la inseguridad causada por el discurso y el riesgo de ulteriores consecuencias es tan baja que la aplicación del derecho penal parece desproporcionada.

Con ello se puede concluir que la legislación actual de la prohibición del discurso del odio permite en gran parte una interpretación compatible con las exigencias del derecho penal aquí establecidas, pero también existen prohibiciones del discurso del odio —como en el marco del art. 3, 1.º alt., Ley 23.592 y del art. 213, CP— que no cumplen con los requisitos penales aquí tratados y por ende merecerían modificaciones.

V. Bibliografía

AUSTIN, John L., *Cómo hacer cosas con palabras, Palabras y acciones*, México, Paidós, 1971.

BERLIN, Isaiah, “Two Concepts of Liberty”, en HARDY (ed.), *Isaiah Berlin. Liberty. Incorporating Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 166-217.

BERTONI, Eduardo, “Estudios sobre la prohibición de la incitación al odio en las Américas”, en *Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, 2006.

BIANCHI, Enrique Tomás / GULLCO, Hernán Víctor, “El delito de injurias y la Constitución Nacional”, *La Ley*, 1995-C: p.1071.

BUTLER, Judith, *Excitable Speech: A Politics of the Performative*, London, Routledge, 1997.

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL: Sala 2, “Russo, Ricardo y otros”, 12.04.1999.

CORTE SUPREMA DE LOS EE.UU: “Brandenburg v. Ohio, 09.06.1969 (395 U.S 444).

— “Hess v. Indiana”, 19.11.1973 (414 U.S. 105)

CSJN, “Campillay”, 15.05.1986 (Fallos: 306:174).

— “Ponzetti de Balbin”, 11.12.1984 (Fallos: 319:3148).

— “CHA”, 22.11.1991 (Fallos: 314:1531).

COLEMAN, Paul, B, *La censura maquillada. Cómo las leyes contra el “discurso del odio” amenazan la libertad de expresión*, Madrid, Aceprensa, 2018.

DWORKIN, Ronald, *El Derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana*, Lima, Palestra, 2019.

FEINBERG, Joel, *The Moral Limits of Criminal Law*, vol. 1, *Harm to Others*, Oxford, Oxford University Press, 1984.

GARGARELLA, Roberto, “Constitucionalismo y privacidad”, en GARGARELLA (ed.), *Teoría y crítica del Derecho constitucional*, tomo 2, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pp. 779-796.

GLUCKSMANN, André, *El discurso del odio*, Barcelona, Madrid, Taurus, 2005.

GREENAWALT, Kent, *Fighting Words*, New Jersey, Princeton University Press, 1995.

HARCOURT, Bernard E., “Mill’s *On Liberty* and the Modern ‘Harm to Others’ Principle”, en DUBBER (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 163-181.

IOSA, Juan, “El estatus normativo de la prostitución y el proxenetismo en Argentina”, en *Gioja*, año VII, n.º 10, 2013, pp. 96-117.

MACKINNON, Catharine: *Only Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.

MADRID, Raúl, “El valor del ‘discurso del odio’ como criterio hermenéutico de las decisiones judiciales”, en DOUGLAS PRICE / DUQUELSKY / GÓMEZ (coords.), *Primer Congreso Iberoamericano. XXVIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2016, pp. 231-239.

MAIER, Julio B., “Estado democrático de Derecho, Derecho penal y procedimiento penal”, en MAIER/CÓRDOBA (comp.): *¿Tiene un futuro el derecho penal?*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2009.

MCGOLDRICK, Dominic / O’DONNELL, Thérèse, “Hate-speech laws: consistency with national and international human rights law”, en *Legal Studies*, n.º 18, 1998, pp. 453-485.

MONTI, Ezequiel, “Neutralidad, autonomía y paternalismo”, en ALEGRE (dir.), *Libres e iguales. Estudios sobre autonomía, género y religión*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.

NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Astrea, 2.ª ed. 2007.

NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Blackwell Publishers, 1974.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (ONU), *Estrategia y plan de acción de las Naciones Unidas para la lucha contra el discurso de odio*, (2019).

— *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos acerca de los talleres de expertos sobre la prohibición de la incitación al odio nacional, racial o religioso*, A/HRC/22/17/Add. 4 del 11 de enero de 2013.

— *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, A/74/486 del 09.10.2019.

RAWLS, John, *Teoría de la Justicia* (trad. María Dolores GONZÁLEZ), México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2.ª ed., 1995 [1979].

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “odio”.

RENZIKOWSKI, Joachim, “Die Täterschaft als Begehung der Tat”, en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF (eds.), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo 2, *Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, Heidelberg, C.F. Müller, 8ª ed. 2014 [1989].

RICHTER, Anna, “El discurso del odio en Argentina. Un primer acercamiento”, en IOSA / GARGARELLA / ÁLVAREZ (eds.), *El artículo 19 de la Constitución Nacional*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2020, pp. 697-718.

ROXIN, Claus: *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (trad. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA / Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO / Javier DE VICENTE REMESAL), Madrid, Civitas, 1997.

— *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo 1, *Grundlagen – der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.ª ed., München, C. H. Beck, 2006 [1991].

RUSCONI, Maximiliano, “Algunas observaciones sobre el futuro de la dogmática jurídico penal y el sistema del hecho punible”, en *Revista Pensamiento Penal*, 2006.

SAMPAY, Arturo Enrique, “La filosofía jurídica del artículo 19 de la Constitución Nacional”, en *Contextos*, vol. 3, 2012, pp. 6-30.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1999.

SCANLON, Thomas, “Teoría de la libertad de expresión”, en DWORKIN (comp.), *La filosofía del derecho*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2.ª ed, 2014.

SCHAUER, Frederick, “The Phenomenology of Speech and Harm”, en *Ethics: An international journal of social political and legal philosophy*, vol. 103, n.º 4, 1993, pp. 635-653.

STRAWSON, Peter F., *Analysis and Metaphysics: An Introduction to Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1992.

STRENG, Franz, “Das Unrecht der Volksverhetzung”, en KÜPER/PUPPE/TENCKHOFF (eds.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, Berlín, De Gruyter 1987, pp. 501-526.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHO HUMANOS, “Norwood v. United Kingdom”, 16.07.2003 (application n.º 23131/03).

— “Vejdeland and others v. Sweden”, 09.05.2012, (application n.º 1813/07).

— “Belkacem v. Belgium”, 27.06.2017 (application n.º 34367/14).

WALDRON, Jeremy, *The Harm in Hate Speech*, Cambridge, Harvard University Press, 2012.

WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht – Eine systematische Darstellung*, Berlín, De Gruyter, 11.ª ed. 1969 [1954].

ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000.

¿DOLO SIN CONOCIMIENTO? REFLEXIONES EN TORNO A LA CONDENA POR DEFRAUDACIÓN FISCAL DE LIONEL MESSI

Ramon RAGUÉS I VALLÈS*

Fecha de recepción: 10 de julio de 2020
Fecha de aceptación: 30 de noviembre de 2020

Resumen

En los últimos años se ha abierto un intenso debate en los sistemas continentales sobre la posibilidad de que puedan existir modalidades de dolo que no requieran conocimiento de las circunstancias típicas. Una discusión propiciada desde dos tradiciones muy diversas: la teoría alemana de la llamada “ceguera ante los hechos” (*Tatsachenblindheit*) y la doctrina anglosajona de la ignorancia deliberada (*willful blindness*). El presente trabajo se propone exponer y valorar críticamente estos planteamientos de la mano de uno de los casos más famosos en los que se han aplicado estas teorías: la condena del futbolista Lionel Messi por delito fiscal.

Palabras clave: imputación subjetiva, dolo, ignorancia deliberada, delito fiscal.

Title: *Dolus without knowledge? Reflections on tax fraud conviction of Lionel Messi*

Abstract

In civil law systems, the possible existence of a dolus that does not require knowledge of the objective circumstances of the criminal offense has been discussed in recent times. This discussion has been fostered from two very different traditions: the German theory of the so-called “blindness to the facts” (*Tatsachenblindheit*) and the common law doctrine of willful blindness. This work critically exposes and values these approaches and, to show its practical relevance, it will do so by means of one of the most famous cases in which these theories have been applied: the conviction of the football player Lionel Messi for tax fraud.

Keywords: mens rea, dolus, willful blindness, tax fraud.

* Catedrático de Derecho penal (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona). La redacción del presente trabajo se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación DER2017-82232-P (AEI/FEDER, UE).

Sumario: I. El conocimiento como elemento del dolo: una unanimidad quebrada; II. La condena de Lionel Messi por delito fiscal; III. La doctrina de la ceguera ante los hechos y los conceptos objetivos de dolo; IV. La doctrina de la ignorancia deliberada; V. Reflexiones finales y de vuelta al “caso Messi”; VI. Bibliografía.

I. El conocimiento como elemento del dolo: una unanimidad quebrada

En los últimos siglos nunca ha dejado de estar vigente la discusión sobre si el dolo exige conocimiento y voluntad de los elementos del tipo objetivo o si el mero conocimiento de tales elementos ya basta para que concurra una realización típica dolosa. En este debate se ha dado por sentada, en cambio, la necesaria concurrencia del elemento cognitivo del dolo.¹ En algunos países porque tal elemento se exige, de manera directa o indirecta, en algún precepto del Código Penal; en otros, por haberlo establecido así una jurisprudencia constante con el apoyo de la doctrina. A tal efecto suele entenderse que renunciar al elemento cognitivo supondría una expansión del dolo en detrimento de la imprudencia que llevaría a resultados punitivos inasumibles en términos de merecimiento y/o necesidad de sanción.

Esta unanimidad en torno a la exigencia del elemento cognitivo se ha quebrado, sin embargo, en los últimos años. Por un lado, en la discusión de origen e influencia germánicos autores como JAKOBS, PAWLIK o PÉREZ BARBERÁ han cuestionado que los casos de la llamada “ceguera ante los hechos” (*Tatsachenblindheit*) deban merecer el tratamiento punitivo más benigno previsto para la imprudencia, aunque en ellos pueda faltar dicho elemento cognitivo. Por otro lado, en países como España o Brasil ha tenido una gran influencia la doctrina angloamericana de la ignorancia o ceguera deliberada (*willful blindness*). Con la asunción de esta última teoría en sistemas binarios de imputación subjetiva (dolo-culpa) se acepta que puede existir dolo sin necesidad de conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo.

Sin ir más lejos, estas teorías se han empleado en tiempos recientes por la justicia española para condenar por defraudación fiscal a alguien tan popular mundialmente como el futbolista Lionel Messi. El presente trabajo se propone exponer y valorar críticamente estos planteamientos y, para que el lector pueda advertir la relevancia práctica de la discusión, lo hará de la mano, precisamente, de este último caso. A tal efecto, el siguiente apartado se dedicará a resumir las razones esgrimidas

¹ Cfr. en tal sentido VOGEL, “Normativierung und Objektivierung des Vorsatzes?”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht (GA)*, n.º 5, 2006, p. 388; y GAEDE, “Auf dem Weg zum potentiellen Vorsatz?”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, n.º 4, 2009, pp. 239-240 y p. 255, con referencias adicionales.

para la condena del futbolista (II). Seguidamente, se procederá a revisar la teoría que propone Hconsiderar como dolo las situaciones de ceguera ante los hechos (III), así como la incorporación por parte de sistemas continentales de la doctrina de la *willful blindness* (IV). Por último, en el apartado final se ofrecerán algunas valoraciones personales sobre estas teorías en general y sobre el caso analizado en particular (V).

II. La condena de Lionel Messi por delito fiscal

En España era una práctica frecuente, hasta hace unos años, que los deportistas de élite cedieran contractualmente la explotación de sus derechos de imagen a sociedades mercantiles carentes de la más mínima infraestructura empresarial y domiciliadas en países con una fiscalidad mucho más favorable que la española. A partir de un determinado momento, la Agencia Tributaria consideró que los contratos que se firmaban con estas compañías suponían una simulación contractual fraudulenta pues, en realidad, se trataba de honorarios que el futbolista percibía por una actividad estrictamente personal que tenía lugar en territorio español. La sujeción de las cantidades percibidas a los elevados tipos fiscales vigentes en España para el impuesto sobre la renta supuso que, en muchos casos, se superasen los 120.000 € defraudados por ejercicio e impuesto, que es el umbral mínimo que la legislación española prevé para que concurra un delito fiscal (art. 305 del Código Penal).

Lionel Messi fue uno de los futbolistas inspeccionados y acusados penalmente por estos motivos.² Entre otros argumentos, su defensa alegó en descargo del cliente que, desde que el jugador era menor de edad, todas las cuestiones contractuales y fiscales las tenía delegadas en su padre, quien contaba con amplios poderes. Este, a su vez, seguía el consejo de prestigiosos asesores fiscales, con los que su hijo no había coincidido prácticamente nunca. De acuerdo con la defensa, por sus circunstancias personales y profesionales, Lionel Messi no tenía tiempo, ni tampoco capacidad, para comprender las complejas operaciones mercantiles diseñadas por los asesores y su actuación se limitaba a estampar su firma, cuando esta era imprescindible, en los contratos que le presentaban los asesores en la absoluta confianza de que todo era correcto. Con esta tesis de la defensa no solamente se negaba la concurrencia de dolo en el hijo —imprescindible en España para condenar por defraudación fiscal— sino que se dificultaba la condena del padre como autor mediat o partícipe, ya que la doctrina y jurisprudencia españolas dominantes consideran que el delito fiscal

² Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 5 de julio de 2016 (Sección Octava, magistrada ponente Armas Galve). Existe un comentario a esta resolución por parte de MONTIEL, “El caso Messi y las consecuencias de ‘ignorar’ la dogmática de los delitos imprudentes”, en *En Letra Derecho Penal*, n.º 3, 2016, pp. 1-4.

es un delito especial del que solo puede ser autor el obligado tributario (en este caso, el hijo) y ambas parten del principio de accesoriedad limitada en la participación.

Por su parte, para evitar un veredicto absolutorio, la acusación sostuvo que no era creíble que el jugador desconociera las razones de tan complejas operaciones mercantiles y argumentó que, en todo caso, un posible desconocimiento era debido al absoluto desinterés por conocer el sentido de tales operaciones, lo que de ningún modo podía beneficiarlo penalmente. Esta tesis fue asumida por la Audiencia Provincial de Barcelona, que condenó al acusado en primera instancia a una pena de veintidós meses de prisión.³ Según afirmó este tribunal, el jugador contaba con información suficiente a su alcance, si hubiera teniendo interés en obtenerla, para advertir que en la gestión de sus derechos de imagen se estaba defraudando a la hacienda pública. En tal sentido, se afirma en la sentencia que, *“quien ha tratado de eludir la norma, por el camino que sea, no puede resultar beneficiado por ello, amén de que con la impunidad en esos casos se dirige a la ciudadanía el mensaje de que es preferible inhibirse a preocuparse”*. En palabras del propio tribunal, *“quien se pone en situación de ignorancia por no querer saber aquello que puede y debe saber; es decir cuando existen indicios de que el sujeto ha sido consciente de determinados elementos en los que no ha querido profundizar: asistiríamos a una realización objetivamente típica sin que el sujeto haya contado en el momento de realización del hecho con los conocimientos exigidos por el dolo del tipo cometido; pero esta falta de conocimiento sería, simplemente, el resultado de una decisión previa, más o menos, consciente, de no querer obtenerlo”*.

La tesis del tribunal, en resumen, es que para condenar por una defraudación fiscal dolosa al futbolista no importaba si este realmente había sido consciente de estar eludiendo impuestos cuando estampaba su firma en los contratos de las operaciones mercantiles diseñadas por sus asesores para defraudar al fisco. Según la Audiencia, aunque fuera cierta la hipótesis del desconocimiento, esta permitía una condena por delito doloso, al ser dicha falta de representación el resultado del desinterés absoluto del acusado por conocer el sentido de tales operaciones. Un planteamiento que recuerda mucho a las teorías aludidas en las primeras páginas de este trabajo, cuyos argumentos se exponen más detalladamente a continuación.

³ De acuerdo con el derecho español (art. 80 y siguientes del Código Penal), esta pena era susceptible de ser suspendida condicionalmente por no superar los dos años, no existir reincidencia y haberse reparado el daño económico causado. De hecho, el jugador nunca llegó a entrar en prisión.

III. La doctrina de la ceguera ante los hechos y los conceptos objetivos de dolo

En una tradición en la que es prácticamente unánime la tesis de que el dolo requiere siempre conocimiento, hace ya algunas décadas que JAKOBS defiende la idea discrepante de que resulta imposible justificar que aquel sujeto que desconoce una determinada circunstancia de su actuación por indiferencia o enemistad hacia los intereses ajenos se vea privilegiado por el derecho respecto de aquel otro sujeto que sí cuenta con tales conocimientos. En tal sentido, este autor lleva años sosteniendo que resulta mucho más razonable la atenuación facultativa del § 17 del Código Penal alemán para los casos de desconocimiento evitable de la antijuridicidad que la atenuación (o impunidad) obligatoria que deriva de la redacción vigente del § 16 para los casos de error de tipo. Así, apelando a la antigua doctrina del *dolus indirectus*, a su juicio lo que debe importar para el dolo no son los datos psíquicos concurrentes en el momento de actuar, sino el déficit volitivo que se manifiesta en determinados hechos: un déficit que es idéntico en quien sabe que está infringiendo la norma y en quien no lo sabe porque le resulta indiferente saberlo. En sus últimos trabajos, JAKOBS ha defendido la tesis de que este planteamiento podría incluso aplicarse ya *de lege lata*.⁴

El anterior planteamiento ha influido claramente en el de autores como PAWLIK o PÉREZ BARBERA en la Argentina.⁵ Según el primero, *el dolo y la imprudencia actúan como criterios para medir la contrariedad a deber de la actuación del sujeto infractor*.⁶ Ambas modalidades de imputación subjetiva tienen en común la infracción del deber de esforzarse por evitar el hecho y tanto el autor doloso como el culposo expresan con su hecho menosprecio por el ordenamiento jurídico. A su juicio, el injusto doloso no se manifiesta como un *aliud* respecto de la imprudencia, sino que la diferencia entre ambos títulos de imputación es meramente cuantitativa. Citando a GROLMAN, afirma PAWLIK que el autor doloso manifiesta una actitud de auténtica enemistad hacia la ley penal y, en cambio, el imprudente solo expresa falta de amistad.⁷ Sin embargo, dado que, después de todo, la enemistad

⁴ Son numerosos los trabajos en los que este autor ha expuesto sus tesis. La versión más acabada, en lo que se alcanza, puede encontrarse en JAKOBS, “Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff”, en *Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung (RW)*, n.º 3, 2010, p. 283 ss., con referencias a trabajos anteriores. La compatibilidad de su tesis con el § 16 StGB ha sido cuestionada por una parte importante de la doctrina: p. ej., VOGEL, *supra* nota 1, pp. 388-389; FRISTER, “Vorsatzdogmatik in Deutschland”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, n.º 7-8, 2019, p. 386 (especialmente, nota 29); o GAEDE, *supra* nota 1, p. 265.

⁵ Pueden encontrarse referencias a otros autores que han defendido posiciones próximas a estas tres en GAEDE, *supra* nota 1, p. 248 ss.

⁶ Una cuestión de la que se ocupa PAWLIK en el apartado C (*Das Ausmaß der Pflichtwidrigkeit*) de su obra *Das Unrecht des Bürgers*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012, pp. 362 ss.

⁷ PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 373-374.

no es otra cosa que una ausencia de amistad cualificada, la diferencia entre una y otra situación es solo cuantitativa.

La determinación de qué se entiende por expresión de ausencia de amistad o de enemistad en un caso concreto no resulta precisamente sencilla y al respecto PAWLIK propone en sus trabajos un criterio más específico para constatar la concurrencia de dolo. Así, caracteriza la enemistad como la *ausencia de voluntad de omitir la infracción de la norma de conducta pese a su peligrosidad masiva*.⁸ En tal sentido señala que quien se expresa como un enemigo del derecho no se distingue por querer el resultado, sino “por no haberse motivado al cumplimiento de la norma cuestionada por su conducta pese a que debía racional y exigiblemente reconocer que con ella creaba un peligro no permitido cualificado para la posición jurídica protegida por aquella norma”.⁹ Según esta tesis, lo decisivo no es tanto lo que el sujeto se representó, sino lo que necesariamente debió haberse representado en dicho momento. En su perspectiva *la cuestión del dolo no puede depender de cómo el autor valora individualmente el riesgo, sino de si su conducta, interpretada como el comportamiento de un ser racional, expresa la máxima de que la lesión del otro debe ser o, incluso, puede ser*.¹⁰ Con todo, en algunos pasajes de su obra parece darse a entender que, para la equiparación en términos penales de los casos de representación y de ausencia de esta, es necesario que dicha ausencia se deba a razones que graven al autor, como la indiferencia o la temeridad.¹¹

Por su parte, PÉREZ BARBERÁ sostiene, resumidamente, que cualquier hecho punible no es sino *comunicación de una regla que prima facie se aparta de la regla establecida en el tipo penal, siendo necesaria la intervención punitiva cuando dicho hecho alcance una “intensidad comunicativa” suficiente para desestabilizar las expectativas asociadas a la regla cuestionada*.¹² Esta mayor o menor “intensidad comunicativa” explica, a juicio del autor, la diferencia de tratamiento punitivo entre la imprudencia y el dolo, aun cuando el hecho doloso y el imprudente —desde su punto de vista— lesionen una misma norma.¹³ Así, aquellas conductas que “tienen por base representaciones epistémicamente racionales y ontológicamente acertadas”, “si se apartan de una regla jurídico-penal lo hacen con elevado efecto comunicativo contrario a ella, pues comunican una toma de postura que, atento la existencia de una

⁸ PAWLIK, *supra* nota 6, p. 375.

⁹ PAWLIK, *supra* nota 6, p. 380.

¹⁰ PAWLIK, *supra* nota 6, p. 392, en referencia a PUPPE, “Comentario al § 15”, en KINDHÄUSER *et al.*, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3.ª ed., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2010, n.º m. 68.

¹¹ Así, p. ej., PAWLIK, *supra* nota 1, p. 397 o p. 404.

¹² PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, pp. 127-130. Existe una versión resumida en alemán de los planteamientos de este autor en “Vorsatz als Vorwurf. Zur Abkehr von der Idee des Vorsatzes als Geisteszustand”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, n.º 8, 2013, pp. 454 ss.

¹³ PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 12, p. 13.

correlación objetivamente adecuada entre sujeto epistémico y mundo, debe ser interpretada, desde un punto de vista objetivo, como intensamente contraria a la de la regla”.¹⁴ A juicio de PÉREZ BARBERÁ, en tales casos *el autor comunica con pretensión de validez una regla opuesta a la violada*, lo que sucede en aquellos supuestos que tradicionalmente han abarcado los conceptos de dolo directo y eventual.

Sin embargo, a su juicio esta misma intensidad comunicativa está presente también en aquellos casos en los que existen *desconocimientos o ausencias de representación epistémicamente irracionales*, lo que sucederá cuando el sujeto se orienta de manera arbitraria, esto es, desafiando objetivamente regularidades empíricas obvias o normas de conducta elementales propias de un ámbito específico de actuación. Este argumento le permite sostener a PÉREZ BARBERÁ la necesidad de otorgar el tratamiento propio del dolo a los casos de “ceguera ante los hechos”, como, p. ej., el del conductor que, sin haberse llegado a representar el peligro real de su conducta, con la que causa varias muertes, decide conducir tras haber bebido en abundancia, pese a ser consciente de su escasa habilidad al volante y de que no tiene licencia, circulando con un exceso de velocidad de 20 km/h y esquivando en zigzag a los vehículos que circulan en el mismo sentido.¹⁵ En palabras del propio autor, “un desconocimiento o una falta de representación irracional por desafiar regularidades empíricas obvias y/o normas de conducta elementales de ese ámbito específico de actuación (sea que ello esté motivado en un manifiesto desinterés por el resguardo de los bienes ajenos o en cualquier otro motivo), grava intensamente a su autor y le corresponde, por lo tanto, la forma de castigo más grave (la dolosa), aun mediando amenaza o posibilidad de *poena naturalis*”.¹⁶

De manera coherente con las razones que, a su juicio, fundamentan la respuesta punitiva propia del dolo, el autor define esta figura como el “*reproche objetivo a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, mediando ex ante una posibilidad objetivamente privilegiada de que su autor prevea este apartamiento*”; por el contrario, imprudencia debe definirse como el “*reproche objetivo a la acción que se aparta de una regla jurídico-penal, mediando ex ante una posibilidad objetivamente atenuada de que su autor prevea este apartamiento*”.¹⁷ Como se desprende de estas dos definiciones, el punto clave para diferenciar ambas figuras es si el autor ha contado con una *posibilidad privilegiada de prever* el apartamiento de su conducta respecto de la norma, o bien si solo ha tenido una *posibilidad atenuada*

¹⁴ PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 12, p. 133.

¹⁵ PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 12, pp. 138-139.

¹⁶ PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 12, pp. 139-140.

¹⁷ PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 12, p. 648.

de previsión.¹⁸ En palabras tal vez menos precisas, pero seguramente más fácilmente comprensibles, *para afirmar que existe dolo debe poder sostenerse que el sujeto ha tenido la capacidad de prever* —y, por tanto, evitar— *fácilmente el hecho*, es decir, una cuestión netamente objetiva si por autor no se entiende el concreto acusado con todas sus particularidades, sino, como es el caso, un modelo ideal de sujeto colocado en su lugar.¹⁹

Los planteamientos de PAWLK y PÉREZ BARBERÁ parecen compartir la idea de que, en los casos de inadvertencia de riesgos muy cualificados o de fácil evitación, la responsabilidad del sujeto se sitúa en un terreno que merece la respuesta punitiva propia del dolo y no de la culpa. Queda menos claro, en cambio, el papel que deben desempeñar las razones que han llevado al sujeto a tal ausencia de representación, que parecen más relevantes en los trabajos de JAKOBS. La indiferencia o la enemistad al Derecho como motivos de la falta de representación pueden asociarse a una actitud interior del sujeto o incluso a un rasgo de su personalidad, pero también ser el resultado de una valoración externa, puramente normativa, que atribuya tal expresión de sentido a todo aquel que no advierte los riesgos más evidentes que genera. Con esta última perspectiva se consuma la plena objetivización del concepto de dolo que se advierte claramente en algunos de los pasajes citados anteriormente. Sobre las dudas que plantea esta posición se volverá más adelante (cfr. *infra* V).

IV. La doctrina de la ignorancia deliberada

La justificación de la condena de Messi con el argumento de que su desinterés por conocer debía merecer la misma sanción que un eventual conocimiento efectivo puede llevar a pensar en que la Audiencia de Barcelona estaba aplicando las anteriores teorías. Sin embargo, el referente directo del tribunal fue, en realidad, la doctrina anglosajona de la ignorancia deliberada, que ha influido de una manera importante a la praxis de la fiscalía y los tribunales españoles y de algunos países de Latinoamérica desde principios del presente siglo.²⁰ La importación de esta teoría supone un interesante y poco habitual fenómeno jurídico: el “injerto” de una estructura de imputación propia del *common law* en el sistema de imputación subjetiva binario (dolo/imprudencia) como el español.

¹⁸ Conviene destacar que en diversos pasajes de la obra (p. ej., PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 12, p. 648) el autor afirma que, en realidad, no está proponiendo *ex novo* un concepto de dolo distinto del usual, sino reconstruyendo los criterios que en la práctica ya se vienen utilizando para afirmar que alguien ha obrado dolosamente.

¹⁹ PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 12, p. 674.

²⁰ Sobre la asunción de esta teoría por la doctrina española, RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2007, pp. 21-62. Para Brasil, SILVEIRA, “A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 122, 2016, p. 255 ss.; y TOTH SYDOW, *A teoria da cegueira deliberada*, Belo Horizonte, Editora D’Plácido, 2016.

Suele afirmarse que la primera vez que en el *common law* apareció la idea de equiparar el efectivo conocimiento y la “ceguera intencionada” fue en la sentencia inglesa de 1861 sobre el caso *Regina v. Sleep*.²¹ Según parece desprenderse de un pasaje no demasiado elocuente de esta resolución *la abstención intencionada de obtener conocimientos, en caso de haberse probado, habría debido merecer la misma respuesta punitiva que el conocimiento cierto*. En 1899 la doctrina *apareció por vez primera en una resolución de la Corte Suprema de los Estados Unidos*, concretamente en la sentencia del caso *Spurr v. United States*.²² En esta se revisaba la condena de *Mr. Spurr*, presidente del *Commercial National Bank of Nashville*, condenado por haber certificado los cheques emitidos por un cliente contra una cuenta que carecía de fondos.

De acuerdo con la ley aplicable, para sancionar penalmente tal conducta era necesaria una violación *intencionada* de los preceptos que regulaban la emisión de dichos efectos mercantiles. En su recurso ante la Corte Suprema la defensa de *Spurr* cuestionó que el jurado hubiera sido bien instruido, pues el magistrado que lo presidía no informó a sus miembros de que el delito aplicable exigía que el acusado actuase “intencionadamente” al librar el cheque, es decir, que la conducta de quien actuaba en la creencia errónea de que existían fondos en la cuenta en el momento de emitir la certificación no era penalmente relevante. En respuesta a semejante alegación, la Corte Suprema formuló *obiter dictum* las siguientes apreciaciones:

“El propósito infractor es la esencia del presente delito. Si el oficial certifica un cheque con la intención de que el emisor obtenga dinero del banco pese a no tener fondos, dicha certificación no sólo es ilícita, sino que se le puede imputar el propósito específico de violar la ley. Y este mal propósito puede presumirse cuando el oficial se mantiene deliberadamente en la ignorancia acerca de si el librador tiene o no dinero en el banco o cuando muestra una indiferencia crasa (*grossly indifferent*) respecto de su deber de asegurarse de tal circunstancia”.²³

Durante la primera mitad del siglo XX la teoría fue aplicada en diversas ocasiones por tribunales inferiores, a propósito, especialmente, de acusaciones por delito de bancarrota.²⁴ Sin embargo, el

²¹ ROBBINS, “The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea”, en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, n.º 81, 1990, p. 196; ver también MARCUS, “Model Penal Code Section 2.02(7) and Willful Blindness”, en *The Yale Law Journal*, n.º 102, 1993, pp. 2233-2234, y EDWARDS, “The Criminal Degrees of Knowledge”, en *The Modern Law Review*, n.º 17, 1954, pp. 298 ss.

²² ROBBINS, *supra* nota 21, pp. 197-198, quien cita alguna resolución anterior; CHARLOW, “Wilful Ignorance and Criminal Culpability”, en *Texas Law Review*, n.º 70, 1992, pp. 1353-1354 (nota 7) y 1359; y MARCUS, *supra* nota 21, pp. 2234-2235. La referencia del caso citado *supra* es *Spurr v. United States* — 174 U.S. 728 (1899).

²³ *Spurr v. United States*, *supra* nota 22, p. 735.

²⁴ ROBBINS, *supra* nota 21, pp. 198-199, con las referencias oportunas.

número de resoluciones en las que aparece la *willful blindness* no sería especialmente elevado hasta la década de 1970, cuando empezaría a aplicarse de manera generalizada por los tribunales federales en casos de narcotráfico y, en particular, de transporte de droga.²⁵ En este último contexto se enmarca la sentencia del caso *United States v. Jewell*²⁶ dictada en 1976 por el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito federal y que suele citarse como el *leading case* en la materia.²⁷ El acusado Jewell había sido condenado en primera instancia por cruzar la frontera de México con los Estados Unidos transportando, supuestamente por encargo, 110 libras de marihuana en el compartimento secreto del maletero de un coche. La alegación de Jewell afirmando que no sabía exactamente lo que transportaba, pese a tener la sospecha de estar haciendo algo ilegal, fue desestimada por el jurado, que previamente había sido instruido de acuerdo con la doctrina de la *willful blindness* en los siguientes términos:

“La acusación puede satisfacer la carga de la prueba demostrando, más allá de toda duda razonable, que si el acusado no era en realidad consciente de que había marihuana en su vehículo cuando entró en los Estados Unidos fue porque su desconocimiento acerca de esta circunstancia fue única y exclusivamente el resultado de haberse hecho el propósito consciente de ignorar la naturaleza de lo que llevaba en el coche, con una voluntad consciente de evitar conocer la verdad”.²⁸

La condena del jurado fue recurrida por Jewell, cuya defensa cuestionó la legalidad de esta instrucción. Sin embargo, en su posterior resolución el Tribunal de Apelaciones confirmaría la condena partiendo de la equiparación que contiene la sección 2.02.7 del *Model Penal Code* entre conocimiento cierto de un determinado hecho y conciencia de la alta probabilidad de su concurrencia. Según la Sala, quien es consciente de la alta probabilidad de la existencia de un hecho y no hace lo necesario para confirmarla merece el mismo tratamiento que quien tiene plena certeza

²⁵ De hecho, en el comentario al caso *United States v. Murrieta-Bejarano* publicado en la *Iowa Law Review* (Comments, “Willful Blindness as a Substitute for Criminal Knowledge”, en *Iowa Law Review*, n.º 63, 1977/78, pp. 470-471, se señala cómo entre 1899 y la década de 1930 la doctrina apenas se aplicó y, después de esta última, no reaparecería con vigor hasta la década de 1960.

²⁶ *United States v. Jewell* — 532 F. 2d 697 (9th Cir. 1976). Al respecto ver también ROBBINS, *supra* nota 21, pp. 203 ss; CHARLOW, *supra* nota 22, p. 1419; y MARCUS, *supra* nota 21, pp. 2241-2243. A partir de este caso no es infrecuente que las instrucciones de los fiscales en las que se pide a los jurados que se pronuncien sobre posibles situaciones de ignorancia deliberada reciban el nombre de “*Jewell instructions*”. Ver, p. ej., el comentario a *United States v. Murrieta-Bejarano*, *supra* nota 25, pp. 468-469.

²⁷ Así, HUSAK/CALLENDER, “Willful Ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’ Thesis: a Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality”, en *Wisconsin Law Review*, n.º 29, 1994, p. 34.

²⁸ Reproducido en ROBBINS, *supra* nota 21, p. 204. Otro ejemplo de instrucción en DRESSLER, *Understanding Criminal Law*, San Francisco, LexisNexis, 1995, p. 110.

sobre tal extremo. Para justificar su decisión el Tribunal invocó, entre otras, la idea de que “la ignorancia deliberada y el conocimiento positivo presentan un mismo grado de culpabilidad”.²⁹

Precisamente a raíz de la publicación del *Model Penal Code* —un texto no legislativo pero que ha servido de pauta para la reforma de muchos códigos penales estadounidenses— en la discusión académica de las últimas décadas se viene cuestionando de manera creciente el alcance de la *willful blindness*, que no fue incluida expresamente entre las formas de imputación subjetiva que aparecen en la sección 2.02 de este texto. Ello ha llevado a algunos autores a entender que las situaciones abarcadas por esta forma de imputación deberían reconducirse a la *recklessness* (figura muy similar al dolo eventual continental), mientras otros académicos denuncian que con esta doctrina se estarían rebasando los límites impuestos por el principio de legalidad. Sea como fuere, a mediados de 2011 la vigencia de la doctrina se vio confirmada por la propia Corte Suprema en su sentencia sobre el caso *Global-Tech Appliances, Inc. et al. v. Seb S.A.*, dictada con una amplia mayoría de ocho magistrados a propósito de un procedimiento civil por infracción del derecho de patente.³⁰ En esta resolución la Corte constata que “la doctrina de la ignorancia deliberada está bien asentada en derecho penal”.

En sistemas como el español supuestos como los descritos, en los que una persona renuncia deliberadamente a conocer (o a conocer mejor) determinadas circunstancias de su conducta, tradicionalmente se han reconducido al dolo eventual, al haber contado el acusado con un grado de representación suficiente para atribuirle tal modalidad de dolo:³¹ así, según la solución más habitual, en el caso del transporte de la maleta con droga basta con que el sujeto hubiera sido consciente de la posibilidad de estar transportando dicha sustancia para entender que había obrado dolosamente, aun cuando no hubiera llegado a cerciorarse plenamente de todas las características concretas (naturaleza, peso, pureza) del objeto del delito.³²

En la práctica, no obstante, la apreciación de dolo eventual requiere la prueba —no siempre sencilla— de que el sujeto se representó efectivamente la posible concurrencia de los elementos del tipo. Para aligerar estos problemas de prueba, a principios de siglo XXI la Fiscalía española empezó

²⁹ ROBBINS, *supra* nota 21, p. 205 y HUSAK / CALLENDER, *supra* nota 27, p. 35.

³⁰ *Global-Tech Appliances, Inc. et al. v. SEB S. A.* — 563 U.S. 754 (2011). El magistrado ponente fue *Samuel Alito* y el único voto discrepante lo formuló *Anthony Kennedy*, quien argumenta que la aplicación de la ignorancia deliberada a casos en los que la ley exige conocimiento no es posible sin incurrir en analogía.

³¹ En tal sentido, los argumentos ya expuestos en RAGUÉS I VALLÈS, *supra* nota 20, pp. 101 ss.

³² El amplio alcance del dolo eventual lleva a diversos autores a sostener que, en realidad, la figura de la ignorancia deliberada es superflua en los sistemas binarios dolo/culpa. Entre ellos, p. ej., GRECO, “Comentario al artículo de Ramon Ragués”, en *Discusiones*, n.º 13, 2013, pp. 68 ss., quien apunta a que los casos de desconocimiento provocado no abarcados por dicha figura podrían castigarse en todo caso acudiendo a la *actio libera in causa*.

a invocar la doctrina anglosajona de la *willful blindness* como una modalidad de dolo en casos de tráfico de drogas y blanqueo, especialmente en supuestos de transporte de objetos ilícitos.³³ Con el tiempo su alcance se fue ampliando a otros delitos, como demuestra el caso de Lionel Messi. Veinte años más tarde, la doctrina ha sido asumida en numerosas sentencias por el Tribunal Supremo, aunque ha encontrado fuerte rechazo en ambientes académicos y, sorprendentemente, ha sido criticada en sentencias del propio Tribunal Supremo cuando su redacción ha recaído en determinados magistrados.³⁴ También en otros países como Brasil los tribunales han utilizado esta construcción teórica en casos de blanqueo y corrupción, con la dificultad añadida de que en este país existe una definición legal de dolo (art. 18 del Código Penal) que parece exigir conocimiento, cosa que no sucede en España, donde el dolo no está legalmente definido.

V. Reflexiones finales y de vuelta al “caso Messi”

Pese a sus diversos orígenes, las *anteriores teorías presentan notables similitudes, pero también importantes diferencias*.³⁵ Entre las diferencias cabe destacar que la doctrina de la ignorancia deliberada ha tenido históricamente un alcance más amplio, al no existir tradicionalmente en el derecho federal de los Estados Unidos algo parecido al dolo eventual en aquellos delitos que, como el tráfico de drogas, exigen una actuación “con conocimiento”.³⁶ Precisamente por la existencia de esta modalidad de dolo, en los sistemas binarios dolo/culpa los casos de representación de posibilidad del resultado se han tratado a menudo como dolosos y son muy pocos los supuestos de ceguera ante los hechos en los que sea procesalmente creíble la falta de conocimiento siquiera eventual.³⁷

Sin embargo, las dos corrientes teóricas expuestas presentan un denominador en común: para ellas *lo decisivo no es lo que el sujeto se haya representado en el momento del hecho, sino aquello que debió*

³³ Al respecto RAGUÉS I VALLÈS, *supra* nota 20, capítulo I, con las oportunas referencias.

³⁴ Entre los trabajos más críticos con esta doctrina —que es tachada de “peligrosa”— cabe destacar FEIJOO SÁNCHEZ, “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, en *Indret*, n.º 3, 2015, pp. 1 ss. Resumidamente este autor fundamenta su crítica (pp. 7 ss) en que se trataría de una doctrina incompatible con la legalidad, con elementos propios del *versari in re illicita* y contraria a la presunción de inocencia en la medida en que se utiliza para eludir las exigencias de la prueba del conocimiento necesario para el dolo. Por su parte, MANRIQUE, “Ignorancia deliberada y responsabilidad penal”, en *Isonomía*, n.º 40, 2014, p. 193, pone el acento, sobre todo, en la incompatibilidad de esta construcción con el principio de legalidad.

³⁵ Los vínculos entre estos planteamientos ya fueron advertidos por FEIJOO SÁNCHEZ, *supra* nota 34, pp. 15 ss.

³⁶ Una ilustrativa clasificación integrada de los diversos elementos que caracterizan, respectivamente, los sistemas de imputación subjetiva vigentes en Alemania (y su ámbito de influencia) y el *common law* en STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, Berlin, De Gruyter, 2007, p. 312. Este autor pone de manifiesto cómo la *willful blindness* abarca casos de representación como posible de la realización típica (al igual que el dolo eventual), pero también situaciones de ausencia de cualquier representación (como la culpa inconsciente).

³⁷ Sobre la difícil traslación procesal de la “ceguera ante los hechos”, GAEDE, *supra* nota 1, pp. 258 ss.

haberse representado si hubiera tenido interés. En el planteamiento de origen germánico se hace más énfasis en que, para merecer la pena del dolo, dicho desconocimiento debe ser expresión de la indiferencia del sujeto por conocer; por su parte, la doctrina angloamericana pone el acento en la decisión voluntaria del sujeto de no querer saber, esto es, de no querer obtener (más) información acerca de ciertos detalles de su conducta.

En cuanto a las *teorías que aprecian dolo en los casos de ceguera ante los hechos*, una primera cuestión a resolver es si el desinterés por conocer debe responder a un acto de voluntad concreto, a una actitud interna más o menos permanente o si, más bien, se trata de una valoración normativa resultante del hecho de que, pese a tener a su fácil acceso una determinada información, el sujeto no se ha esforzado por obtenerla. Las respuestas posibles son básicamente dos y cada una de ellas resulta problemática por razones distintas:

a) Buscar la indiferencia del sujeto en una suerte de *actitud o decisión interna del sujeto* no plantea menos problemas que hacer depender la cuestión del tipo subjetivo de los datos psíquicos concurrentes en el momento del hecho. En última instancia todo acabará dependiendo de un “hecho psíquico” (la decisión de no conocer) o, peor aún, de un rasgo de la personalidad del acusado, cuya trayectoria vital deberá valorarse a fin de determinar si se trata de un individuo a quien, por regla general, los intereses ajenos importan más bien poco o si, por el contrario, es una persona por lo general respetuosa con los intereses ajenos que simplemente tuvo un mal momento.³⁸ Además del evidente riesgo de derivar hacia un derecho penal de autor si se pone el acento en este último punto, los problemas de prueba que puede plantear en un juicio esta opción se antojan prácticamente insuperables.

b) Para superar los anteriores problemas cabe sostener que, en realidad, el desinterés o indiferencia del sujeto no debe buscarse en su psique, ni tampoco en un rasgo de su personalidad, sino que se trata de un *juicio normativo resultante de la valoración que merece el hecho de que dicho sujeto no advirtiera la concurrencia de un grave peligro pese a tener a su fácil alcance el conocimiento* de todos aquellos elementos que debieron haberlo llevado a darse cuenta de ello. En tal caso cabe hablar con sentido de una *plena objetivización del dolo*, al no tener ningún interés para decidir el caso el fuero interno del acusado en el momento del hecho.

Sin embargo, esta última interpretación plantea el problema de convertir automáticamente en *dolosos olvidos o negligencias inexplicables para una persona promedio que ocasionalmente se presentan en la*

³⁸ En esta línea se dirigen las críticas de autores como VOGEL, *supra* nota 1, p. 389.

práctica. P. ej.: un padre que ha pasado toda la mañana de compras por la ciudad acompañado de su hijo de un año inexplicablemente olvida al niño dentro del coche en un estacionamiento, a pleno sol y con más de treinta y cinco grados, produciéndose su fallecimiento.³⁹ También concurren estas situaciones en ciertos casos que se denominan de “eliminación mental” del peligro, en los que en un primer momento el sujeto advierte un determinado riesgo abstracto en su conducta pero, al ejecutar dicho comportamiento, borra de su representación dicha advertencia previa, p. ej., en caso de maniobras muy peligrosas en el tráfico rodado.⁴⁰

En estos casos la concepción normativa de la indiferencia lleva a una condena por delito doloso que parece excesiva y se plantea *la duda de si, para una adecuada valoración de la gravedad de un hecho, puede considerarse verdaderamente irrelevante aquello que haya pasado por la cabeza del acusado*. Por volver al ejemplo del niño olvidado en el coche, la valoración ajena de la actuación del padre cambia radicalmente —sin variar el más mínimo detalle de las circunstancias objetivas— en función de que: 1) se admita que el acusado tuvo un olvido, aunque fuera absolutamente inexplicable; 2) el propio acusado reconozca haber sido consciente de estar dejando solo al menor durante horas; o 3) confiese haber querido matar a su hijo de este modo. Tratar idénticamente estas tres situaciones para no ser esclavo de los “hechos psíquicos” no parece posible sin entrar en frontal conflicto con la percepción colectiva sobre la muy distinta gravedad de cada supuesto en función, *precisamente*, de su configuración psíquica.⁴¹

En cuanto al carácter deliberado de la ignorancia que exige la teoría de la *willful blindness*, su principal problema estriba en el hecho de que *la renuncia deliberada a conocer es algo perfectamente habitual en muchos casos de reparto de tareas o delegación de funciones*. Repartirse el trabajo o delegar de

³⁹ No se trata en absoluto de un “caso de laboratorio”, sino que son situaciones que, por desgracia, se presentan esporádicamente. Algunas noticias de casos de este tipo en España: https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/muere-bebe-que-olvido-padre-coche-llevarla-guarderia-madrid_201810035bb4f6240cf247c4deea919a.html [enlace verificado el día 31 de enero de 2021]. O: <https://www.elmundo.es/elmundo/2003/06/18/sociedad/1055955402.html>. [enlace verificado el día 31 de enero de 2021].

⁴⁰ P. ej., SCHMIDHÄUSER, “Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat (‘dolus eventualis’ und bewußte Fahrlässigkeit)”, en *Juristische Schulung*, 1980, p. 249 o, más recientemente, FRISTER, *supra* nota 4, p. 382. No en vano, para no tener que sostener que concurre dolo en maniobras arriesgadas del tráfico rodado JAKOBS, *supra* nota 4, p. 291, propone para este concreto ámbito la tesis de la “habituação al riesgo”, según la cual las creaciones conscientes de peligro de los conductores dan lugar a un delito de desobediencia, pero no pueden considerarse actos de lesión.

⁴¹ Al fin y al cabo, como señala PUPPE, en “El Derecho penal como comunicación. Aportaciones y peligros de un nuevo paradigma en la dogmática del Derecho penal” (trad. M. Bermejo), *El Derecho penal como ciencia*, Madrid, Editorial B de f, 2014, p. 122, en relación con la teoría de la ceguera ante los hechos, “el precio de la normativización de los elementos del tipo penal consiste en que el fundamento fáctico del reproche por el delito deviene cada vez más escaso. Al final, la relación real del autor con el hecho concebido como constructor normativo es tan solo externa. Del autor real no queda más que un cuerpo y del hecho real no más que un movimiento corporal que causa un resultado”.

modo eficiente en otra persona supone, casi siempre, una renuncia a revisar en profundidad los detalles de la actividad delegada. P. ej.: cuando una profesora (funcionaria pública) firma una larga resolución con las notas finales de todos sus alumnos que la administración de la facultad ha elaborado a partir de las correcciones a mano en los exámenes está actuando como una ignorante deliberada, pues renuncia a comprobar que las notas de la lista se corresponden, una por una, con las de los exámenes. Sin embargo, reprocharle tal actuación (¡a título de prevaricación dolosa!) en caso de que una nota fuera incorrecta supondría acabar prácticamente con todas las ventajas que tiene la posibilidad de delegar esta clase de tareas administrativas.

Si se traslada esta última idea al caso de Messi se advierten serias dudas en la solución alcanzada por el tribunal: por un lado, puede entenderse, como hizo la Audiencia de Barcelona, que su desconocimiento se debía al desinterés; pero también cabe interpretar que, en realidad, *se trataba de una delegación en una persona de la máxima confianza perfectamente comprensible en quien pasa la mayor parte de su tiempo desbordado por otras ocupaciones y no tiene capacidad para entender las cuestiones fiscales*, máxime teniendo en cuenta que dicha delegación empezó cuando era todavía menor de edad.⁴² Precisamente, una de las principales críticas que merece la aplicación por parte de los tribunales españoles de la teoría de la ignorancia deliberada es su uso selectivo: lo que respecto de unos acusados se consideran delegaciones razonables que exoneran del conocimiento de los detalles la actividad del delegado, en otros casos es sometido al exigente filtro de la ignorancia deliberada y el desconocimiento del delegante —que no verifica la conducta del delegado— se reprocha a título de dolo.

Todas estas dudas llevan a *preguntarse si un eventual abandono del conocimiento como barrera entre el dolo y la imprudencia no acarrea acaso más problemas que ventajas*.⁴³ Ciertamente, la dependencia de dicho elemento psíquico puede conllevar un tratamiento excesivamente benigno en aquellos supuestos de ignorancia deliberada que obedecen a la planificada estrategia de un sujeto para llevar a cabo lo que pretende y poder al mismo tiempo alegar desconocimiento en su descargo. Expuesto con un último ejemplo: un sujeto coloca en la lista de “correo basura” la dirección electrónica de la administración de tráfico, de tal modo que no le lleguen nunca las notificaciones de posibles sanciones por su conducción. Varios años más tarde se le notifica electrónicamente la retirada de su

⁴² En tal sentido se coincide plenamente con la crítica de MONTIEL, *supra* nota 2, pp. 4-5.

⁴³ La posibilidad de un dolo sin conocimiento en relación con el delito de defraudación tributaria ha sido rechazada de modo expreso por KUHLEN, “Vorsatz und Irrtum im Steuerstrafrecht”, en Mellinshoff (ed.), *Steuerstrafrecht an der Schnittstelle zum Steuerrecht*, Colonia, Dr. Otto Schmidt, 2015, p. 138, aunque fundamentalmente por razones de compatibilidad con el § 16 StGB.

licencia sin que, por las razones expuestas, llegue a tomar conocimiento de ello ¿Realmente merece este caso la absolución por falta de dolo si se comete un delito de conducción sin licencia?

Si casos como este pueden llegar a probarse con todos sus elementos, un castigo con la pena propia del dolo podría ser una solución adecuada *de lege lata*, pues nadie diría que se trata de situaciones de error.⁴⁴ Con todo, hay que tener en cuenta que la prueba de las causas (voluntarias) del desconocimiento no parece que sea, en la mayoría de los casos, precisamente sencilla y, después de todo, dependerá de la constatación de un acto voluntario en origen consistente en la construcción artificiosa de una alegación de desconocimiento. Admitir dolo en estas situaciones supondría la ampliación de este concepto en un número muy limitado de casos, que no incluiría el anterior ejemplo de la profesora, ni en general casos en los que solo se lograra probar una delegación razonable como el de Lionel Messi. Con todo, es cierto que la mera admisión de que en algunos (pocos) casos puede existir dolo sin conocimiento debería llevar a replantear ciertas premisas del vigente modelo de imputación subjetiva.⁴⁵

Sin embargo, en esta búsqueda de soluciones parece *muy arriesgada la asunción de un concepto plenamente objetivo de dolo* basado solo en la muy elevada peligrosidad de un comportamiento o en su fácil evitabilidad: como antes ya se ha expuesto, también en los casos de riesgos más patentes no parece intrascendente, para calibrar la gravedad de un hecho, tratar de reconstruir lo que pasaba por la cabeza de un acusado en el momento de cometerlo, pese a las obvias dificultades que acarrea la prueba de tales hechos. Prescindir de este último dato puede suponer un aumento innecesario de severidad en las consecuencias de supuestos tradicionalmente castigados como culposos. Por ello, tal vez la creación *de lege ferenda* de una categoría intermedia entre dolo y culpa —con un castigo de gravedad también intermedia como sucede con la *recklessness* anglosajona— podría dar una solución más proporcionada para las situaciones limítrofes, esto es, los casos de dolo eventual con una representación muy limitada del riesgo, los supuestos de temeridad manifiesta sin representación

⁴⁴ En un original trabajo publicado en 1999, LUBAN, “Contrived Ignorance”, en *The Georgetown Law Journal*, n.º 87, 1999, p. 968, diferencia entre dos modelos de ignorantes deliberados: por un lado, el que puede caracterizarse como un avestruz, esto es, como un débil moral que trata de negarse a sí mismo el hecho de que se enfrenta a un dilema de naturaleza también moral, en cuyo caso su actitud parece menos grave que la actuación con conocimiento cierto sobre los datos relevantes de la propia conducta; y, por otro lado, el que sujeto merece ser equiparado con un astuto zorro, es decir, alguien que opta decididamente por llevar a cabo una conducta ilícita y que busca la propia ignorancia solo como una excusa para protegerse frente a posibles declaraciones de culpabilidad. En este caso, sostiene Luban, la ignorancia podría considerarse incluso como más grave que el mero conocimiento, pues añade a la consciencia un elemento de cálculo obstinado que la hace más culpable.

⁴⁵ Algunas propuestas para este replanteamiento se ofrecen en RAGUÉS I VALLÈS, “Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal”, en *Discusiones*, n.º 13, 2013, pp. 33 ss y pp. 151 ss.

suficiente (“ceguera ante los hechos”) y los casos de auténtica ignorancia deliberada, como el ejemplo del correo electrónico.⁴⁶

Antes de finalizar, conviene dar respuesta al lector que posiblemente se pregunte cómo acabó el caso de Lionel Messi. Tras presentar recurso ante el Tribunal Supremo, su defensa alegó —entre otros motivos— que la doctrina de la ignorancia deliberada era incompatible con el derecho español, en el que no podía concurrir dolo sin conocimiento. Pese a la existencia de numerosas resoluciones del propio Tribunal Supremo empleando dicha teoría, los concretos magistrados en este caso decidieron dar la razón a la defensa.⁴⁷ Sin embargo, en vez de acordar la absolución —pues la Audiencia había manifestado dudas sobre si el jugador se había representado su defraudación— el Tribunal Supremo decidió mantener la condena basándola en un dolo eventual “tradicional”, al considerar que existía prueba de que el futbolista conocía de modo suficiente las operaciones en las que había intervenido, aunque solo fuera por el mero hecho de haber acudido a unos asesores altamente especializados en fiscalidad internacional.⁴⁸ Esta conclusión suscita muchas dudas y abre el interrogante de si, desde la perspectiva del derecho de defensa, quien ha sido condenado en primera instancia por ignorancia deliberada puede ser condenado por dolo eventual en segunda instancia, cuando solo ha recurrido su defensa, con el argumento de que, al fin y al cabo, se trata solo de modalidades del mismo concepto legal de dolo. Sin embargo, esta interesante cuestión procesal deberá reservarse, tal vez, para otro futuro artículo.

VI. Bibliografía

CHARLOW, Robin, “Wilful Ignorance and Criminal Culpability”, en *Texas Law Review*, n.º 70, 1992, pp. 1351 ss.

DRESSLER, Joshua, *Understanding Criminal Law*, 2.ª ed., San Francisco, LexisNexis, 1995 (reimp. 1998).

EDWARDS, J. LL. J., “The Criminal Degrees of Knowledge”, en *The Modern Law Review*, n.º 17, 1954, pp. 294 ss.

⁴⁶ Otra posibilidad se señala en el trabajo de GAEDE, *supra* nota 1, pp. 279-280, quien se inclina por incriminar los casos más graves de temeridad, pero de manera sectorial, es decir, solamente en aquellos concretos delitos en los que se advierta la necesidad específica de que tales situaciones no queden impunes.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 1885/2017, de 24 de mayo (magistrado ponente Varela Castro).

⁴⁸ Para atribuirle el conocimiento —e incluso la voluntad— de defraudar al fisco el Tribunal alude a indicios como la mera contratación de un despacho fiscalista altamente especializado o la firma de algunos contratos.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, en *InDret*, n.º 3, 2015, pp. 1 ss.

FRISTER, Helmut, “Vorsatzdogmatik in Deutschland”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, n.º 7-8, 2019, pp. 381 ss.

GAEDE, Kaersten, “Auf dem Weg zum potentiellen Vorsatz?”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 121, 2009, pp. 239 ss.

GRECO, Luís, “Comentario al artículo de Ramon Ragués”, en *Discusiones*, n.º 13, 2013, pp. 67 ss.

HUSAK, Douglas N. / CALLENDER, Craig A., “Wilful Ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’ Thesis: a Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality”, en *Wisconsin Law Review*, n.º 29, 1994, pp. 29 ss.

IOWA LAW REVIEW (COMMENTS), “Willful Blindness as a Substitute for Criminal Knowledge”, en *Iowa Law Review*, n.º 63, 1977, pp. 466 ss.

JAKOBS, Günther, “Altes und Neues zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff”, en *Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung (RW)*, n.º 3, 2010, pp. 283 ss.

KUHLEN, Lothar, “Vorsatz und Irrtum im Steuerstrafrecht”, en MELLINGHOFF (ed.), *Steuerstrafrecht an der Schnittstelle zum Steuerrecht*, Colonia, Dr. Otto Schmidt, 2015, pp. 117 ss.

LUBAN, David, “Contrived Ignorance”, en *The Georgetown Law Journal*, n.º 87, 1999, pp. 957 ss.

MANRIQUE, María Laura, “Ignorancia deliberada y responsabilidad penal”, en *Isonomía*, n.º 40, 2014, pp. 163 ss.

MARCUS, Jonathan L., “Model Penal Code Section 2.02(7) and Willful Blindness”, en *The Yale Law Journal*, n.º 102, 1993, pp. 2231 ss.

MONTIEL, Juan Pablo, “El caso Messi y las consecuencias de ‘ignorar’ la dogmática de los delitos imprudentes”, en *En Letra Derecho Penal*, n.º 3, 2016, pp. 1-4.

PAWLIK, Michael, *Das Unrecht des Bürgers*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2012.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, *El dolo eventual*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011.

—, “Vorsatz als Vorwurf. Zur Abkehr von der Idee des Vorsatzes als Geisteszustand”, en *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, n.º 8, 2013, pp. 454 ss.

PUPPE, Ingeborg, comentario al § 15, en KINDHÄUSER *et al.*, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3.ª ed., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2010.

—, “El Derecho penal como comunicación. Aportaciones y peligros de un nuevo paradigma en la dogmática del Derecho penal” (trad. M. Bermejo). *El Derecho penal como ciencia*, Madrid, Editorial B de f, 2014, pp. 101 ss.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2007.

—, “Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal”, en *Discusiones*, n.º 13, 2013, pp. 11 ss.

ROBBINS, Ira P., “The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea”, en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, n.º 81, 1990, pp. 191 ss.

SCHMIDHÄUSER, Eberhardt, “Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat (‘dolus eventualis’ und bewußte Fahrlässigkeit)”, en *Juristische Schulung*, 1980, pp. 249 ss.

SILVEIRA, Renato, “A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 122, 2016, pp. 255 ss.

STUCKENBERG, Carl Friedrich, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, Berlín, De Gruyter, 2007.

TOTH SYDOW, Spencer, *A teoria da cegueira deliberada*, Belo Horizonte, Editora D’Plácido, 2016.

VOGEL, Joachim, “Normativierung und Objektivierung des Vorsatzes?”, en *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, n.º 5, 2006, pp. 86 ss.

¿DOLO COMO INDIFERENCIA?

UNA DISCUSIÓN CON MICHAEL PAWLIK SOBRE CEGUERA ANTE LOS HECHOS E IGNORANCIA DELIBERADA*

Gabriel PÉREZ BARBERÁ**

Fecha de recepción: 9 de noviembre de 2020

Fecha de aceptación: 19 de febrero de 2021

Resumen

En este artículo expongo mi disenso con la fundamentación de Pawlik (y la de Jakobs) respecto de una conclusión que compartimos, a saber: ciertos casos de ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada deben ser imputados como dolosos. Pero, además, explico mis propios fundamentos respecto de este problema. En esta ocasión esa fundamentación es, creo, bastante más simple y clara que la que ensayé en mi tesis doctoral sobre el dolo eventual. Una de mis pretensiones centrales es mostrar que es posible articular un concepto de dolo como el que propongo con muchos de los postulados de la doctrina dominante, es decir: sin tener que adoptar aparatos conceptuales tal vez demasiado difíciles para la praxis —y no exentos de serias objeciones metodológicas— como los elaborados por Jakobs, por Pawlik e incluso por mí mismo en trabajos anteriores. Se encontrará aquí, en síntesis, una distinción, que antes no había efectuado, entre el fundamento de la

* Una versión reducida de este artículo será publicada próximamente en PÉREZ BARBERÁ, Gabriel (ed.), *Comunicación, competencias y libertad. Una discusión con Michael Pawlik*, Marcial Pons, en prensa. Agradezco a Luís Greco, a José Peralta y, en especial, a Leandro Dias por haber leído minuciosamente versiones previas de este trabajo: sus aportes me permitieron mejorar esta versión final en muchos aspectos importantes. Se trata, no obstante, de un texto que, en forma intermitente, he venido trabajando desde 2014, gracias a una beca de la Fundación Alexander von Humboldt. En versiones parciales ha sido discutido ya en varios seminarios, a saber: en Bonn, Bielefeld, Frankfurt a. M. y Göttingen, por invitaciones de Urs Kindhäuser, Tatjana Hörnle, Christoph Burchard y Kai Ambos, respectivamente; en Madrid, por invitación de Enrique Bacigalupo; en São Paulo, por invitación de Adriano Teixeira; y en Buenos Aires, Corrientes y Salta, por invitaciones de Mario Villar, Daniel Domínguez Henain y Nicolás Escandar, respectivamente. A quienes me invitaron y a los asistentes a dichos eventos agradezco muy especialmente sus observaciones, que también contribuyeron a mejorar la versión que aquí se publica. Finalmente, me fueron muy útiles las sugerencias de las dos personas que, en forma anónima, evaluaron el texto para su publicación aquí: les estoy profundamente agradecido.

** Doctor en derecho. Profesor titular, por concurso, de derecho penal, parte general, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor ordinario en la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella (Buenos Aires). Ex becario de la Fundación Alexander von Humboldt, de la Sociedad Max Planck y del Servicio Alemán de Intercambio Académico. Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico (Buenos Aires).

inexcusabilidad epistémica de no conocer y el fundamento del dolo; también una explicación precisa de la premisa normativa que justifica la imputación dolosa; mi explicación de por qué rechazo el concepto de “dolus malus” y, finalmente, mi respuesta a algunas objeciones importantes, como la de la tentativa.

Palabras clave: dolo eventual – ceguera de hecho – ignorancia deliberada

Title: Intent as indifference?

Abstract

In this article, I state my disagreement with Pawlik's (and Jakobs') reasoning with respect to a conclusion we share, namely: certain cases of willful blindness or contrived ignorance should be considered intent. But, in addition, I make explicit my own rationale. I believe that this rationale is much simpler and clearer than the one I rehearsed in my doctoral thesis on conditional intent. One of my central aims is to show that it is possible to develop a concept of intent without having to adopt conceptual tools that are perhaps too difficult to implement - and not free of serious methodological objections - such as those developed by Jakobs, Pawlik and even by myself in previous works. Here one will find, in summary, a distinction, which I had not made before, between the basis of the epistemic inexcusability of not knowing and the basis of intent; also a precise explanation of the normative premise that justifies intent imputation; my explanation of why I reject the concept of "dolus malus" and, finally, my response to some important objections, such as that of attempt.

Keywords: conditional intent – willful blindness – contrived ignorance

Sumario

I. Introducción; II. Los acuerdos con Pawlik; III. Los desacuerdos con Pawlik: irrelevancia e ilegitimidad de la indiferencia; IV. El fundamento del dolo; V. Respuestas a algunas objeciones (efectuadas o posibles); VI. Conclusión; VII. Bibliografía.

I. Introducción

Es sabido que, para la doctrina dominante en el ámbito continental europeo y latinoamericano, los denominados casos de “ceguera ante los hechos”, así como los de “ignorancia deliberada”, no

pueden ser considerados dolosos. Porque en su configuración o bien falta el conocimiento (o la representación como posible) de algún elemento del tipo,¹ o bien el autor, erróneamente, confía en que lo que prevé no ocurrirá. Estos defectos cognitivos, para esa opinión dominante, aunque sean irracionales fundamentan a lo sumo una imputación por imprudencia (inconsciente y consciente, respectivamente).²

Un buen ejemplo de un caso de ceguera ante los hechos sería una *variante* del caso de los *rugbiers* ocurrido recientemente en la Argentina, en la ciudad de Villa Gesell.³ Un grupo de diez fornidos jugadores de *rugby*, de entre 18 y 20 años de edad, al salir de una discoteca ataca a trompadas y patadas a un joven de condiciones físicas notoriamente más lábiles, al que no conocían y contra el que no tenían ningún motivo que explicara esa agresión. Tras caer la víctima al suelo con las primeras trompadas, ya indefensa le pegan durante más de treinta segundos continuos, incluso con patadas y en la cabeza, como si esta fuese una pelota de *rugby*. Todo es muy rápido. Ninguno de los *rugbiers* quería matar a ese joven, sino solo darle algún tipo de lección y mostrar su “hombría”, como en tantas otras peleas que tuvieron antes, en las que nunca nadie murió.⁴ No advierten, sin embargo, que en esta ocasión la violencia desplegada es mayor. Algunos de ellos ni siquiera se representan la posibilidad de que la víctima muera a causa de sus golpes, mientras que otros sí se representan eso fugazmente, pero confían genuinamente en que no ocurrirá. Sin embargo, matan al joven, por provocarle un severo traumatismo de cráneo con sangrado interno.

¹ En este contexto, la doctrina continental europea tradicional, sobre todo la alemana, utiliza los términos “conocimiento” y “representación” indistintamente. “Conocimiento”, por su parte, no es entendido allí, de conformidad con su definición analítica tradicional, como creencia justificada y verdadera, sino, antes bien, como una forma de decir “ser consciente de que es posible que”, o “creer que es posible que”, o “tener por posible que”, etc. Y eso equivale a “representarse como posible que”. Ninguno de tales usos merece completa aprobación, pero sustraerse de estos tiene un costo alto en términos de claridad para el penalista. Aquí, por tanto, también utilizaré “conocimiento” y “representación” indistintamente, esperando que esta explicación y el contexto clarifiquen su sentido en cada caso.

² Véase al respecto, por todos y con especial detalle, WALTER, “Irrtümer auf Tatbestandsebene”, en HILGENDORF / KUDLICH / VALERIUS (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, Heidelberg, C.F. Müller, 2020, § 47, n.º m. 7 ss.

³ Subrayo que se trata de una variante porque no pretendo insinuar que el caso real ocurrió como aquí voy a describirlo. Pero sí destaco que es perfectamente posible que un hecho de estas características ocurra del modo en que es presentado aquí.

⁴ La habituación al riesgo (véase al respecto JAKOBS, “Die subjektive Tatseite von Erfolgsdelikten bei Risikogewöhnung”, en FRISCH, / SCHMID (eds.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Colonia y otras, Heymanns, 1978, pp. 31 ss.), como atenuante en el balance de razones, tiene un límite precisamente allí donde el peligro creado es tan elevado que es irracional que incluso el habituado al riesgo no se lo represente, o que confíe en que no se realizará en el resultado respectivo. Sobre la influencia de esta clase de sesgos cognitivos, en particular en las dinámicas de grupo, véase SILVA SÁNCHEZ / VARELA, “Responsabilidades individuales en estructuras de empresa. La influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo”, en SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, Montevideo y otra, BdeF, 2013, pp. 203 ss.

La doctrina y la jurisprudencia dominantes, en la Argentina y en Alemania, deberían imputar esa muerte solo como un homicidio imprudente (eventualmente en el marco de un delito de lesiones dolosas calificadas por el resultado), porque no hubo, por parte de los autores, conocimiento o representación del riesgo de muerte.⁵ En cambio, JAKOBS, PAWLIK y yo mismo (últimamente también PERALTA) pensamos que eso es implausible y que hay que imputar esa muerte como homicidio doloso.⁶ Pero para eso, claramente, es necesario conceptualizar al dolo de un modo diferente a como lo hace la doctrina dominante.

Por su parte, de acuerdo con la tradición del *common law* se actúa con ignorancia deliberada (*willful blindness*, *willful ignorance*) si se elige no conocer lo que se sabe que se puede conocer con sencillez.⁷ Con esta definición escueta pueden estar de acuerdo, por un lado, quienes, en defensa de un “*unrestricted approach*”, entienden que un agente obra con ignorancia deliberada si (i) tiene una fuerte sospecha de que con su conducta puede delinquir (requisito cognitivo) y (ii) deliberadamente no indaga en esas razones pese a que le sería muy sencillo hacerlo (requisito volitivo).⁸ Y también quienes, por otro lado, en defensa de un “*restricted motive approach*”, a esos requisitos añaden el de la motivación reproachable, es decir, que el agente no indague para obtener beneficios o evitar perjuicios (requisito motivacional).⁹

⁵ No obstante, tanto en la Argentina como en Alemania la jurisprudencia comienza a imputar como dolosos casos cuya correcta descripción implicaría afirmar ceguera ante los hechos. Véase, p. ej., el voto en minoría del juez Omar Palermo en el fallo “Quiroga Morales” de la CSJ de Mendoza (Argentina), dictado el 10/09/2019. En cuanto a Alemania véase, recientemente, BGH 4StR 482/19, sentencia del 18/06/2020 (“Berliner Raser-Fall”). Hubo tres sentencias similares —y anteriores— de la misma sala del BGH (el “4. Senat”), comentadas críticamente por PUPPE, “Rasen im Straßenverkehr und Tötungsvorsatz”, en *Juristische Rundschau*, 2018, pp. 323 ss.

⁶ Así JAKOBS, “Gleichgültigkeit als dolus indirectus”, en *ZStW*, vol. 114, 2002, pp. 584 ss.; ÍDEM, 2020, pp. 29 ss.; PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2012; PERALTA, “Tratamiento del error inexcusable: la discusión filosófica y la regulación positiva”, 2020, en prensa.

⁷ Un buen panorama del estado actual de la discusión en esa tradición jurídica ofrece SARCH, “Willful Ignorance, Culpability, and the Criminal Law”, en *St. John’s Law Review*, vol. 88, n.º 4, 2014, pp. 1023-1101. En el ámbito continental europeo es fundamental la ya canónica publicación de RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2007; véase asimismo MANRIQUE, María Laura, “Ignorancia deliberada y responsabilidad penal”, en *Isonomía*, n.º 40, 2014, pp. 163-195; MORGENSTERN, “Frampton’. Un caso de ignorancia deliberada”, en ZIFFER (ed.), *Jurisprudencia de casación penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2016, vol. 9, pp. 53 ss., donde me hace una crítica no solo ingeniosa, sino también completamente acertada (p. 80); RIZZI, *La ignorancia deliberada en derecho penal*, Montevideo y otra, BdeF, 2020.

⁸ Es notoria la similitud entre los casos de ignorancia deliberada y los que en filosofía moral son analizados como supuestos de “autoengaño”. Véase al respecto PÉREZ BARBERÁ, “Sorpresas y vacíos en la jurisprudencia actual de la Corte sobre derecho al honor y a la información”, en AA.VV. (sin eds.), *Estudios sobre la justicia penal. Homenaje a Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005, pp. 83 ss., con las pertinentes referencias bibliográficas.

⁹ Acerca de estas dos concepciones posibles de la ignorancia deliberada véase SARCH, *supra* nota 7, p. 1025 s.

Un caso conocido de ignorancia deliberada, imputado como doloso, es el que configuró la plataforma fáctica de la condena a Lionel Messi por defraudación tributaria. Según la tesis de la defensa, la estrella del Barcelona FC había delegado completamente en su padre la gestión de todo lo relativo a su patrimonio y por tanto nada sabía respecto de las maniobras fraudulentas llevadas a cabo por su progenitor para evadir impuestos. Los jueces, sin embargo, dieron por probado que Lionel Messi, consciente de que esas gestiones de su padre existían (porque había firmado varios documentos) y de que lo beneficiaban, para burlar la ley (es decir, para eludir eventuales imputaciones) deliberadamente optó por no estar al tanto de los detalles de lo que aquel hacía.¹⁰

En el derecho penal de los Estados Unidos la expresión “ignorancia deliberada”, pese a que en primera línea designa un estado mental, es usada, explicada y evaluada, sin precisiones explícitas, como categoría normativa de imputación.¹¹ Y con esa imprecisión ha sido adoptada en los países receptores, como España o el nuestro. Por supuesto que, implícitamente, se asume en todas partes que una cosa es el *hecho* de que se ignore deliberadamente y otra la categoría normativa (que puede ser designada con la misma expresión lingüística o con otra) a partir del cual se decide con cuánta fuerza expresiva se imputa penalmente esa clase de conducta.¹²

Pero aclararlo no es ocioso. Porque bien es sabido que, al menos en nuestra praxis forense, no se distingue, p. ej., entre dolo (que es una categoría normativa de imputación) y conocimiento (que es un hecho, un estado mental). Por eso, erróneamente, se insiste en que el *dolo* es algo que se debe probar.¹³ Lo que debe ser probado, en todo caso, es el conocimiento, o la falta de conocimiento, u otros estados mentales relevantes como “ignorar deliberadamente”, o “tener la intención de”, etc.; después habrá que ver, de conformidad con un criterio normativo, si el caso en el que se dan esos estados mentales debe ser imputado como doloso o imprudente.¹⁴

Entre nosotros, por tanto, las expresiones “ignorancia deliberada” y “ceguera ante los hechos” son meramente descriptivas de estados de cosas y en consecuencia no deben ser entendidas como

¹⁰ Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Octava, causa n.º 110/15 del 5/7/2016.

¹¹ Véase, por todos, LUBAN, “Contrived Ignorance”, en *The Georgetown Law Journal*, vol. 87, 1999, pp. 957-980 (pp. 959 ss.).

¹² En el contexto del *common law*, de hecho, la tesis de la equivalencia de culpabilidad (*equal culpability thesis*) deja en claro que no se pretende requerir una trivialmente imposible equiparación fáctica entre ignorar y conocer, sino que, para poder imputar un caso de ignorancia “como uno de” conocimiento, es necesario demostrar que la culpabilidad de esa ignorancia es equivalente a la que podría predicarse respecto de un caso similar en el que el agente hubiera conocido todo lo relevante (véase SARCH, *supra* nota 7, pp. 1026 s., 1088).

¹³ Pero, obviamente, las categorías normativas no se “prueban”. Hablar de “prueba del dolo” implica, por tanto, incurrir en un error categorial. Sobre todo esto véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 48 s. y *passim*.

¹⁴ Al respecto, con detalle, PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 575, 635 ss., 702 ss.

categorías normativas de imputación. Porque, *de lege lata*, tales categorías son, únicamente, el dolo y la imprudencia (luego veremos que eso es incluso lo mejor *de lege ferenda*). Ambas clases de estados de cosas tienen en común que presentan un desconocimiento inexcusable, pero en los casos de ignorancia deliberada hay un elemento volitivo (precisamente: la deliberación, el cálculo, el querer ignorar) que en un sentido lato la emparenta con la *actio libera in causa*;¹⁵ en los casos de ceguera ante los hechos, en cambio, ese elemento falta: allí se trata, simplemente, de ignorancia crasa.

En Alemania, la tesis de la viabilidad de la imputación por dolo pese a la falta de conocimiento sería defendible, en principio, solo *de lege ferenda*, por el tenor literal del § 16, StGB.¹⁶ También en España,¹⁷ aunque allí, en los hechos, se la aplica *de lege lata* para los casos de ignorancia deliberada.¹⁸ En la Argentina, en cambio, este concepto más amplio de dolo es perfectamente aplicable incluso *de lege lata*.¹⁹

Al igual que en el ámbito anglosajón, también en el contexto continental europeo y latinoamericano quienes acordamos con la posibilidad conceptual —y la legitimidad— de un “dolo sin representación” (en rigor, es más correcto decir “con representación deficiente”)²⁰ disentimos acerca de la relevancia que debe dársele a la motivación moralmente reprochable para, en tales casos, justificar una imputación por dolo. Así, JAKOBS y PAWLIK, por un lado, exigen ese déficit motivacional como un elemento central de su justificación; mientras que, a mi juicio, para tal justificación no cuentan ni los motivos ni su calidad moral.²¹

¹⁵ Así RAGUÉS I VALLÈS, *supra* nota 7, pp. 159 ss., aunque, con razón, destaca que no es necesario acudir a la *actio libera in causa* si el concepto de dolo que se adopta permite abarcar los casos de ignorancia deliberada.

¹⁶ Sostiene, no obstante, que en Alemania es posible defender esta tesis *de lege lata*, JAKOBS, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020, p. 32; ya antes ÍDEM, *supra* nota 6, pp. 584 ss.

¹⁷ En virtud de lo que dispone el art. 14.1 de su Código Penal, al menos según su interpretación más extendida (véase, por todos, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 4.ª ed., Barcelona, PPU, 1996, 10/114, p. 253).

¹⁸ Sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, véase RAGUÉS I VALLÈS, *supra* nota 7, pp. 22 ss. Se le critica, fundamentalmente, que no es posible imputar como dolosos los casos de ignorancia deliberada si no se modifica el concepto tradicional de dolo. Así RAGUÉS I VALLÈS, *supra* nota 7, pp. 205 ss.; PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “Ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada. Hacia una reconstrucción inferencial del concepto de dolo”, en AMBOS, y otros (eds.), *Prevención e imputación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017, pp. 239 ss.

¹⁹ Así SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Bogotá, Temis, 1995, p. 223, nota 29; PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 50 ss.; RAGUÉS I VALLÈS, “Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal”, en *Discusiones*, n.º 13, 2013, pp. 39 ss.; MORGENSTERN, *supra* nota 7, p. 77; PERALTA, *supra* nota 6.

²⁰ Así SANCINETTI, *supra* nota 19, pp. 223 ss.

²¹ Esa fue mi posición en *El dolo eventual* (2011) y la retomé en PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 18; opiné de otro modo, en cambio, en ÍDEM, “Vorsatz als Vorwurf”, *GA*, 2013, pp. 454 ss.; últimamente también PERALTA opina que la motivación reprochable no es relevante para justificar la imputación por dolo en casos de ceguera fáctica (véase PERALTA, *supra* nota 6, *passim*).

En el ámbito continental europeo, entre quienes han optado por la tesis que exige motivación reproachable como fundamento del dolo es PAWLIK, a mi juicio, quien, en su monumental obra *Das Unrecht des Bürgers*, ha ofrecido la fundamentación más detallada.²² Por eso me parece adecuado ocuparme de este problema tomando como referencia —principalmente— sus ideas.

II. Los acuerdos con Pawlik

El punto de partida de PAWLIK para abordar la difícil cuestión de la diferenciación entre dolo e imprudencia es, a mi juicio, completamente correcto. Él enfatiza que, antes de ingresar a escudriñar las diferencias, es esencial destacar qué tienen en común estas dos formas de imputación, lo cual se deja describir, básicamente, con la idea de evitabilidad.²³ Por eso sostiene que, en materia de dolo, no merece recibir la aproximación psicologizante tradicional.²⁴ “Dolo”, afirma PAWLIK, es un término técnico-jurídico²⁵ y, por tanto, no corresponde que su concepto sea delineado a partir de datos fácticos de índole psicológica, como los estados mentales, sino que debe ser derivado del fin y de la función de la teoría de la imputación y, en última instancia, de la pena.²⁶

PAWLIK fustiga a quienes exigen que la imprudencia sea conceptualizada siguiéndose a la imputación por dolo como modelo. En su opinión, por el contrario, es esencial que se comprenda que una teoría de la imputación correcta es aquella que plantea como exigencia común a cualquier forma de atribución de responsabilidad no la lesión intencional de la norma, sino el esfuerzo por evitar conductas que vulneren posiciones de competencia, que es lo que caracteriza ya a la

²² Véase PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 362 ss.

²³ Fundamental JAKOBS, *Studien zum Fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlín, De Gruyter, 1972, pp. 2 s., 28, 39, 47; ÍDEM, *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín y otra, De Gruyter, 1991, 6/2; véase asimismo PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 363 s., 367 ss.; PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 666 ss.; ÍDEM, *supra* nota 18, pp. 224 ss.; CÓRDOBA, “Dolo y evitabilidad individual”, en *Pensar en Derecho*, n.º 1, 2012, pp. 213 ss.

²⁴ Véase PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 364 ss.; en el mismo sentido JAKOBS, *supra* nota 6, pp. 584 ss. (p. 593); PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 43, 146 s., 638 ss. y *passim*; fundamental para esta concepción, aun cuando no admite la posibilidad de dolo con representación deficiente, PUPPE, “Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis”, en *ZStW*, vol. 103, 1991, pp. 1 ss.; ÍDEM, *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, Decker & Müller, 1992; ÍDEM, “Comentario a los §§ 15 y 16 StGB”, en KINDHÄUSER, y otros, *Nomos Kommentar. Strafrechtsgesetzbuch*, 3.ª ed., t. I, Baden-Baden, Nomos, 2010, pp. 592 ss.; similar a PUPPE, ROXIN, “Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr” en ROGALL y otros (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolph zum 70. Geburtstag*, Neuwied, Luchterhand, 2004, pp. 243 ss. (p. 245).

²⁵ Así, PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 364 ss.; en idéntico sentido, entre nosotros, ya SOLER, *Derecho penal argentino*, 5.ª ed., t. II, Buenos Aires, TEA, 1987, p. 123: “dolo es una expresión técnico-jurídica, que no se identifica ni con voluntad ni con representación, ni con intención”, aunque a renglón seguido aclara que el concepto técnico-jurídico de dolo presupone necesariamente esos estados mentales.

²⁶ Así PAWLIK, *supra* nota 6, p. 367; fundamental al respecto ya FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Colonia y otras, Heymanns, 1983, pp. 39 ss.; véase también STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, Berlín, De Gruyter, 2007, pp. 104 ss., 140 ss.; PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 130 ss., 679 ss.; ÍDEM, *supra* nota 18, pp. 222 ss.

imprudencia.²⁷ De allí que, en su opinión, la ilicitud dolosa sea ilicitud imprudente calificada.²⁸ Lo mismo he sostenido en trabajos anteriores.²⁹

PAWLIK, a partir de la consideración del incumplimiento de aquella exigencia de esforzarse en aras de mantenerse fiel al derecho como el núcleo básico común de toda forma de imputación, distingue entre enemistad (dolo) y falta de amistad (imprudencia) con el derecho.³⁰ Habrá enemistad con el derecho (*Rechtsfeindlichkeit*)³¹ si, por indiferencia o desconsideración, falta en el autor la voluntad de evitar el quebrantamiento de la norma de conducta pese a la evidentísima peligrosidad de su obrar, porque ello determinaría que él es enteramente responsable del defecto de su comportamiento. Por su parte, habrá solo falta de amistad con el derecho (*Mangel an Rechtsfreundschaft*) si la errónea apreciación de las circunstancias no es enteramente atribuible a la responsabilidad del autor, por no haber obrado en virtud de motivos crasamente gravosos, como indiferencia o desconsideración.³²

Consecuencias centrales de este punto de vista son, para PAWLIK, dos: en primer lugar, el empleo, también para los casos de dolo, del parámetro objetivo del ciudadano razonable y no el del autor individual;³³ y, en segundo lugar, la adopción de un concepto de “*dolus malus*”, a partir de su relativización de la distinción entre ilícito y culpabilidad y de su convicción de que el conocimiento del autor tiene que incluir también al derecho para que tenga sentido hablar de dolo.³⁴ En cuanto a la primera consecuencia, mi acuerdo con el punto de vista de PAWLIK es muy amplio.³⁵ No comparto, en cambio, su conclusión respecto de la segunda (véase *infra*, IV.4).

²⁷ Así PAWLIK, *supra* nota 6, p. 371 s.

²⁸ Así PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 372 ss.

²⁹ Véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 656 ss.; ÍDEM, *supra* nota 18, pp. 224 ss.

³⁰ Véase PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 373 ss.

³¹ El uso de esta expresión remite a MEZGER: véase JAKOBS, “Dolus malus”, en *Indret*, 4/2009, pp. 1 ss. (p. 5); PAWLIK, *supra* nota 6, p. 406. MEZGER la emplea precisamente para analizar los casos de ceguera ante los hechos en MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlín y otra, Duncker & Humblot, 1950, p. 44. GROLMAN también la había empleado ya en el siglo XVIII (véase la referencia pertinente en PAWLIK, *supra* nota 6, p. 373).

³² Así PAWLIK, *supra* nota 6, p. 375.

³³ Así PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 382 ss.; JAKOBS, *supra* nota 6, pp. 586 s. y *passim*; ÍDEM, *supra* nota 16, p. 40; PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 130 ss., 459 ss., 489 ss., 591 s., 635 ss., 691 ss., 745 ss.; ÍDEM, *supra* nota 18, pp. 227 ss. y *passim*; PERALTA, *supra* nota 6.

³⁴ Véase PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 375, 382 ss., 397 ss. Así también JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Fráncfort del Meno, Klostermann, 2012, pp. 53 ss.; ya desde antes en ÍDEM, *supra* nota 31, pp. 7 ss.

³⁵ En efecto, ya desde mi tesis doctoral sostengo que el parámetro a tomar en cuenta es general, no individual, y que, por tanto, debe apoyarse en criterios objetivos de racionalidad. Véanse las referencias citadas en nota 26.

Con esta base, PAWLIK se encuentra en condiciones de dar el paso final en lo que aquí interesa, que es, en síntesis, considerar dolosos a los casos de ceguera ante los hechos. A su juicio, en efecto, corresponde imputar dolo, y no solo imprudencia, si el autor, pese a haber generado un peligro concreto de elevadísima entidad e inmediatamente reconocible como tal por cualquier observador racional, *por motivos moralmente reprochables*, como indiferencia o desconsideración, evalúa mal la situación y advierte, a lo sumo, un peligro abstracto.³⁶ Dicho de otro modo, solo merece ser tenido como enemistado con el derecho quien, “por motivos que gravan masivamente, como indiferencia o desconsideración, no reconoce lo que es evidente para cualquier persona racional”.³⁷ Y esto, en el esquema de PAWLIK, incluye tanto lo que se hace como lo que se debe.³⁸

En tales casos, sostiene PAWLIK, “el agente no tiene competencia para interpretar de un modo menos gravoso un comportamiento que, por su peligrosidad objetiva, merece el predicado de ‘enemistado con el derecho’”.³⁹ De acuerdo con Pawlik, en efecto, el supuesto cambio de paradigma postulado por PUPPE, según el cual se pasa de un análisis fáctico-psicológico centrado en el autor a uno enfocado en el valor expresivo de su comportamiento en el marco de un proceso comunicativo entre personas racionales, “solo ocurrirá en forma plena si *toda* la situación de hecho (esto es, lo objetivo y, dentro de lo subjetivo, la voluntad y el conocimiento) es enjuiciada en función de un parámetro objetivo, de modo tal que conocimiento efectivo y desconocimiento no disculpable queden completamente equiparados”.⁴⁰

Coincido con PAWLIK (y con JAKOBS) en este punto fundamental: en los casos de desconocimiento o de ausencia de representación de circunstancias típicamente relevantes —así como en los de previsión optimista errónea— puede haber dolo si esos defectos cognitivos son inexcusables, mientras que habrá a lo sumo imprudencia si son excusables.⁴¹ Las diferencias, con todo, comienzan con lo que creemos que debe ser exigido, como condición necesaria, y en su caso

³⁶ Así PAWLIK, *supra* nota 6, p. 391. Así también JAKOBS, *supra* nota 6, *passim*; ÍDEM, *supra* nota 34, p. 56; ÍDEM, *supra* nota 16, pp. 31 ss.

³⁷ PAWLIK, *supra* nota 6, p. 406.

³⁸ Véase PAWLIK, *supra* nota 6, p. 407.

³⁹ PAWLIK, *supra* nota 6, p. 393.

⁴⁰ PAWLIK, *supra* nota 6, p. 394, corchetes agregados. Lo mismo sostuve respecto de PUPPE en mi tesis doctoral (véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 495 ss.). No obstante, las contribuciones de PUPPE en Alemania y de RAGUÉS I VALLÈS en España (véase en especial RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1999) fueron esenciales para que la discusión sobre el concepto de dolo esté hoy en este lugar.

⁴¹ PAWLIK, *supra* nota 6, p. 396 s.; JAKOBS, *supra* nota 6, pp. 584 ss.; ÍDEM, *supra* nota 34, pp. 53 ss.; ÍDEM, *supra* nota 16, pp. 29 ss.; PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 133 ss. y *passim*; PERALTA, *supra* nota 6, *passim*.

suficiente, para predicar esa inexcusabilidad y con lo que cabe entender por fundamento de esa inexcusabilidad y por fundamento del dolo.

III. Los desacuerdos con Pawlik: irrelevancia e ilegitimidad de la indiferencia

1. La distinción entre fundamento del dolo y fundamento de la inexcusabilidad epistémica de no conocer

Ante todo, es importante enfatizar que, en efecto, cuando se habla de cegueras cognitivas respecto de circunstancias fácticas es conveniente diferenciar entre el fundamento del dolo y el fundamento de la inexcusabilidad epistémica de no conocer. Esta distinción no ha sido efectuada en los desarrollos teóricos de PAWLIK y de JAKOBS sobre el tema (ni tampoco por mí antes), pero creo que puede ser muy útil. Es, desde luego, una distinción puramente metodológica, pero a mi modo de ver ayuda a exponer mejor el problema a examinar en este contexto y a detectar los acuerdos y desacuerdos genuinos entre nuestras concepciones. La distinción es pertinente, además, porque la inexcusabilidad epistémica de no conocer tiene su propia fundamentación y esta es categorialmente diferente a lo que fundamenta (decisivamente) al dolo.

En efecto, el fundamento de la inexcusabilidad epistémica de no conocer, en tanto involucra la viabilidad de estados mentales cognitivos, solo puede ser —valga el pleonismo— epistémico. En esto, *aunque no parezca*, materialmente coincidimos JAKOBS, PAWLIK y yo, como enseguida se verá. De lo que se trata aquí es de si fácticamente está justificado, o no, conocer o no conocer, y eso, naturalmente, no puede depender de razones normativas. De razones normativas depende, en todo caso, que *se deba* (jurídicamente) conocer y es allí cuando, de corresponder, comienza a hablarse de dolo e imprudencia. El fundamento *del dolo*, entonces, sí tiene que ser normativo.

PAWLIK, JAKOBS y yo también coincidimos en esto último: los tres, claramente, fundamentamos el dolo normativamente, solo que la premisa normativa de la que parten sus argumentos, por un lado, y la que precede el mío, por el otro, son muy diferentes: es en este punto en el que sí existe una diferencia material genuina entre nuestras concepciones. A modo de adelanto cabe señalar aquí que, para PAWLIK y para JAKOBS, el fundamento del dolo reside en la motivación reprochable del agente (indiferencia, etc.); para mí, en cambio, lo que fundamenta el dolo es que el autor tenga suficiente capacidad de dominio de su comportamiento como para que, desde un punto de vista objetivo, pueda decirse que le era especialmente sencillo evitar.

La distinción, entonces, deja en claro dos cosas: en primer lugar, que la razón normativa por la que cabe imputar dolo en los casos de ceguera ante los hechos y de ignorancia deliberada es la misma que justifica la imputación por dolo en general. Y, en segundo lugar, que, cuando median defectos cognitivos como estos, su inexcusabilidad epistémica es nada más que un dato fáctico que, por lo que implica para el agente en términos de control o dominio posible de su propia conducta, podrá ser relevante para tornar viable una imputación por dolo.⁴² Pero si ésta corresponde será porque, también para esos casos, así lo determina aquella razón normativa.

2. La irrelevancia de la indiferencia como fundamento de la inexcusabilidad epistémica de no conocer

Determinar si es epistémicamente inexcusable desconocer, ignorar o creer erróneamente es importante porque, si no lo es, aparecerá como probable una imputación por imprudencia. Como se trata de esa clase de inexcusabilidad, para fundamentarla cuentan únicamente razones epistémicas. La indiferencia (y, en general, cualquier motivo moralmente reprochable: egoísmo, desconsideración, etc.) es, por tanto, irrelevante al respecto. Corresponde ahora fundamentar esta toma de posición.

A modo de primera aproximación diré que tales defectos cognitivos son epistémicamente inexcusables si, en ese sentido epistémico, cabe tenerlos por epistémicamente irracionales y que ese es el caso si, desde un punto de vista objetivo, puede decirse que el agente *no pudo no conocer*,⁴³ o que *no pudo prever con error*, con total independencia de que, desde una perspectiva psicológica, tales estados mentales (desconocimiento, creencia errónea, etc.) sean posibles y que, de hecho, hayan sido los estados mentales del autor.⁴⁴ Tales defectos cognitivos podrán tenerse todavía como racionales, en cambio, si, respecto del agente, es no obstante viable decir —siempre desde un punto de vista epistémico y por tanto objetivo— que *pudo no conocer* o que *pudo prever con error*.⁴⁵

No representarse algo y creer falsamente en algo son estados mentales epistémicamente irracionales y por ello completamente injustificables o inexcusables si, en el contexto de que se trate

⁴² Véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 745 ss. La explicación que ofrecí allí al respecto tenía una base, sobre todo, de filosofía de la ciencia; la que ofrezco aquí, en cambio, tiene una base, sobre todo, de filosofía del lenguaje y de filosofía moral. Pero ambas son equivalentes, como luego se verá.

⁴³ MAÑALICH, en una conversación que ya he citado, proponía también usar esta expresión, pero con un fundamento de filosofía de la mente (véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 18, p. 230, nota 40).

⁴⁴ Véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 130 ss.; ÍDEM, *supra* nota 18, p. 227 s.

⁴⁵ Véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 18, pp. 228 ss.

y desde un punto de vista objetivo, tener esa representación y no tener esa creencia es necesario, mientras que la inversa es imposible.⁴⁶ Más específicamente, puede decirse que la racionalidad epistémica se refiere a lo que es necesario o imposible representarse o creer a partir de ciertas representaciones o creencias (justificadas) que ya se tienen.⁴⁷ Esto es entendido así también por PAWLIK y por JAKOBS. Por eso decía que, en rigor, respecto de este punto no existe un desacuerdo material entre nuestras concepciones, solo que ellos no lo explican de esta manera (es decir, con herramientas analíticas contemporáneas), sino acudiendo a la antigua idea de *dolus indirectus*.⁴⁸

Los problemas que se plantean en este ámbito son, entonces, de naturaleza estrictamente fáctica. Aquí el discurso no es sobre obligación o permisión en sentido deóntico, sino sobre necesidad o posibilidad epistémica.⁴⁹ Por eso las expresiones “no pudo no conocer”, “no pudo no confiar sin error”, etc., son modales⁵⁰ en sentido epistémico, no en sentido moral ni jurídico. No hay nada normativo en la fundamentación de la inexcusabilidad de no conocer.

Jurídicamente, por cierto, puede existir un deber de conocer, que será transgredido toda vez que, en ese contexto, se desconozca. Y esto con independencia de que, desde un punto de vista epistémico, desconocer sea posible o imposible, y por tanto racional o irracional, respectivamente. Si desconocer es en ese sentido imposible —y conocer, por tanto, necesario—, entonces será

⁴⁶ Véase KMENT, “Varieties of Modality”, en ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017, disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/modality-varieties/>, apartado 1 [enlace verificado el día 28 de febrero de 2021].

⁴⁷ Todo esto es aplicable a otros estados mentales o a sus ausencias, como la falta de intención de realizar un determinado elemento del tipo, etc. También esa falta de intención puede ser tenida como irracional si, a su respecto, desde un punto de vista objetivo cabe decir que el autor no pudo no tener una cierta intención.

⁴⁸ Véase CARPZOV, *Practica nova imperealis Saxonica rerum criminalium*, 1635, Quaestio I, 1635, n.º 28 ss., (cit. y trad. del original en latín por LEUSCHNER, en la obra citada más abajo, en esta misma nota, p. 11); ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895, pp. 79 ss.; LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*, t. I, Leipzig, Hirschfeld, Leipzig, 1895, p. 159; LEUSCHNER, *Der Dolus indirectus. Sein Wesen, seine Geschichte und seine praktischen Folgerungen*, Wurzburg, Triltsch, 1935, pp. 9 ss.; más recientemente PUPPE, *supra* nota 24, pp. 2 ss.; JAKOBS, *supra* nota 6, pp. 584 ss.; ÍDEM, *supra* nota 16, pp. 29 ss.; PAWLIK, *supra* nota 6, p. 396.

⁴⁹ Acerca de la distinción entre necesidad analítica y necesidad epistémica véase nuevamente KMENT, *supra* nota 46, apartado 1; DIEZ / MOULINES, *Fundamentos de filosofía de la ciencia*, 2.ª ed., Barcelona, Ariel, 1999, pp. 128 ss.; PÉREZ BARBERÁ, “Prueba legítima y verdad en el proceso penal II: La dependencia epistémica de la prueba”, en *Isonomía*, n.º 52, 2020, pp. 5-29.

⁵⁰ Las oraciones modales son las que predicen no solo con un verbo principal sino también, precisamente, con un verbo modal, como “debe”, “puede”, etc. Que prescriban permisión u obligación, o que describan grados de posibilidad, depende del contexto (véase al respecto, por todos, KMENT, *supra* nota 46, introducción).

razonable que, para tales supuestos, el derecho imponga incluso un deber jurídico fuerte o calificado de conocer (volveré sobre este punto más adelante). Pero eso es algo contingente.

Si, en cambio, conocer —siempre en este sentido epistémico— no es necesario (ni desconocer imposible), entonces tal defecto será epistémicamente excusable, es decir, admitirá en ese plano algún nivel de justificación. De esto, por supuesto, no tiene por qué seguirse una completa excusabilidad *jurídica*: al contrario, la imputación por imprudencia resulta viable precisamente frente a desconocimientos epistémicamente excusables o atendibles.

Defectos cognitivos irracionales gravan fuertemente al agente, sin dudas, pero no en un sentido moral, ni jurídico, sino epistémico. Sólo desde este último punto de vista son reputados, aquí, como inexcusables. Es correcto, entonces, decir que en tales casos el defecto en cuestión es puro asunto del autor y, por ello, completamente injustificable. En efecto: *ceteris paribus*, cualquier persona racional habría conocido. Pero no es por esto que corresponda imputar dolo en tales casos, sino porque, si algo así sucede, el autor conocerá ya lo suficiente como para que evitar, no obstante lo que no sepa, no se represente o no prevea bien, le sea sumamente sencillo. Contará, por tanto, con suficiente dominio o control de su propia conducta: *esto*, como enseguida veremos, es lo que fundamenta la imputación dolosa siempre, también en los casos de defectos cognitivos crasos.

Como ya lo he expresado en otro lugar,⁵¹ de que la indiferencia, el egoísmo o la desconsideración puedan ser —y hasta suelen ser— las razones últimas por las que desconocer, ignorar deliberadamente o confiar en desenlaces felices es epistémicamente injustificable o inexcusable no se sigue que haya que erigir a aquellas razones como condiciones necesarias para poder predicar dicha falta de justificación. Porque esta —cabe repetirlo— es epistémica, no ética.

Lo que está en el trasfondo de este planteamiento es un concepto *inferencial* de racionalidad, porque lo que es racional o irracional se determina en función de si, dado un estado de cosas, es posible, imposible o necesario inferir, de eso, otro estado de cosas. A mi juicio, la mejor fundamentación de este concepto de racionalidad es la que ofrece BRANDOM.⁵² De acuerdo con su

⁵¹ Véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 18, p. 242.

⁵² Véase BRANDOM, *Making it Explicit. Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1994; ÍDEM, *Articulating Reasons. An Introduction to Inferentialism*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 2000.

explicación, que he seguido ya en otro lugar,⁵³ lo que nos caracteriza como seres racionales es, en efecto, nuestra capacidad inferencial.

Así, siempre de conformidad con BRANDOM cabe decir que, toda vez que un agente racional actúa,⁵⁴ expresa no solo lo que se comunica explícitamente con ese acto, sino también, por un lado, todos los compromisos (*commitments*) y habilitaciones (*entitlements*) implícitos que se siguen de dicho acto, así como los compromisos y habilitaciones de los que ese acto se sigue. Quien actúa racionalmente, en efecto, queda comprometido con todas las premisas y consecuencias necesariamente implicadas por su acción y habilitado para asumirlas; habilita, a su vez, a los demás a que le adscriban esos compromisos implícitos.⁵⁵ Y recíprocamente.

Se trata, como dice BRANDOM, de un “juego” en el que cada jugador, en sus respectivas “contadurías”, continuamente “asienta” o “contabiliza” sus propias evaluaciones acerca de los compromisos y de las habilitaciones que reconoce de sí mismo y que adscribe a otro, así como las evaluaciones de este respecto de sí mismo y del otro como contraparte de ese juego en el que consiste el discurso y el obrar racional.⁵⁶ Esta es, me parece, la explicación más sofisticada hoy disponible de aquello que, incluso entre los penalistas, ha sido denominado “racionalidad comunicativa”.⁵⁷

Todo agente puede reconocer (en el sentido de admitir) sus compromisos o no reconocerlos; de todos modos, *estará* comprometido no solo con aquellos que ha reconocido como suyos, sino también con todos los que, necesariamente o casi con seguridad, se siguen de su obrar y con todos aquellos de los que su obrar, necesariamente o casi con seguridad, se sigue.⁵⁸ La necesidad de la que aquí se habla es, naturalmente, de índole epistémica, es decir: lo que no podemos no conocer a

⁵³ Véase PÉREZ BARBERÁ, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución”, en *InDret*, 4/2014, pp. 29 ss. (IDEM, “Probleme und Perspektive der expressiven Straftheorien”, en *GA*, 2014, pp. 504 ss. [pp. 520 ss.]). El análisis que sigue, en efecto, es coherente con la teoría de la justificación de la pena que esbocé allí. Siguiendo a FRISCH, siempre he destacado que debe ser consistente la relación entre dolo y merecimiento de pena (véase FRISCH, *supra* nota 26, pp. 34 ss., 42 ss.).

⁵⁴ Pueden ser actos verbales (actos de habla) o no verbales. Véase al respecto HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, t. I, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1981, p. 376.

⁵⁵ Fundamental al respecto BRANDOM, *supra* nota 52, pp. 166, 193 s.; IDEM, *supra* nota 52, p. 81.

⁵⁶ Véase BRANDOM, *supra* nota 52, pp. 141 ss.

⁵⁷ Véase p. ej. BACIGALUPO, *Hacia el nuevo derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, pp. 45, 98. La expresión “racionalidad comunicativa” remite, por lo demás, no tanto a LUHMANN, como es usual creer, sino más bien a HABERMAS, como el propio BACIGALUPO se ocupa de dejarlo en claro (*ibíd.*, p. 31). Véase p. ej. HABERMAS, *Facticidad y validez* (trad. Manuel JIMÉNEZ REDONDO), Madrid, Trotta, 1998, p. 65.

⁵⁸ Eso es lo que fundamenta la distinción entre *estar* comprometido y *tener por* comprometido. Véase al respecto BRANDOM, *supra* nota 52, pp. 495 ss., 592 ss.

partir de lo que ya conocemos. Todos esos compromisos, por tanto, se le adscribirán al agente. Y en tal sentido es importante resaltar: lo que se le adscribe es un *compromiso* (implicado en el obrar racional), no un estado mental.

En efecto, dado que actuar implica voluntad y esta, a su vez, una determinada base epistémica (es decir: una determinada base cognitiva), actuar de una determinada manera nos compromete con las bases epistémicas involucradas. Es decir, hacer *p* implica tener que saber *q*; dicho de otro modo: quien hace *p*, está comprometido, lo reconozca o no, con el conocimiento de *q*, al menos si quiere ser tenido como un agente racional.⁵⁹ Si no obstante no conoce *q*, no se dirá de él que, en realidad, sí conoció *q*; se admitirá su desconocimiento al respecto y se dirá simplemente que, *como tenía que conocer* (en un sentido epistémicamente fuerte), su defecto cognitivo es irracional. Lo mismo vale para los supuestos de previsión crasamente errónea. Es decir, no se le adscribe al agente un conocimiento que no tuvo.⁶⁰

“Compromiso”, en este contexto, tiene ciertamente un sentido modal, pero otra vez: no deóntico, sino epistémico. Estar comprometido con conocer *q* no significa, todavía, que el agente tenga el deber jurídico de conocer *q*; eso es algo contingente que dependerá de lo que al respecto se decida desde el derecho. Significa, únicamente, que en términos fácticos es necesario que el agente conozca *q* y que *en ese sentido*, por tanto, no puede no conocer *q*.

Así, en el caso de los *rugbiers*, p. ej., de que los atacantes supieran que pegaban violentas patadas en la cabeza de la víctima no se sigue que *se representaron* que podían matarla, sino que, necesariamente, *tenían que* representarse eso. Otra vez: no se les adscribe haber conocido, sino el compromiso de conocer. Y si se trata de su confianza irracional en que no matarían, lo que se les adscribe es el compromiso de no poder confiar en eso. Todo lo que esto implica es que, epistémicamente, quedan inhabilitados a alegar su desconocimiento o su confianza como excusa; pero no implica —de ningún modo— atribuirles un conocimiento que no tuvieron, o negar que confiaran en un desenlace feliz.

⁵⁹ Véase BRANDOM, *supra* nota 52, pp. 157 ss.; IDEM, *supra* nota 52, pp. 189 ss.

⁶⁰ Que es lo que proponen autores como HRUSCHKA y RAGUÉS I VALLÉS. Señalé en su momento que este es, a mi juicio, un problema serio de la propuesta que presenta RAGUÉS I VALLÉS en su tesis doctoral (véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 741 ss.) y que la misma crítica vale para la tesis de HRUSCHKA sobre el concepto de dolo (expuesta en HRUSCHKA, “Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes”, en GÖSSEL / KAUFMANN, *Festschrift für Theodor Kleinkecht zum 75. Geburtstag*, München, C. H. Beck, 1985, pp. 191 ss.).

3. La irrelevancia de la indiferencia como fundamento del dolo

Quedó claro ya que, si se sigue el esquema de PAWLIK, para que un caso de representación deficiente o de confianza errónea en la no producción del resultado pueda ser imputado como doloso no basta la mera “ceguera” frente a un peligro evidente, sino que es necesario, además, que esta se explique por motivos moralmente reprochables, como la indiferencia o la desconsideración. Lo mismo vale para JAKOBS. La concepción de ambos, por tanto, es sustancialmente equivalente al “*restricted motive approach*” del *common law* respecto de la ignorancia deliberada.

Ya expliqué por qué la indiferencia y cualquier otra motivación moralmente reproachable no pueden jugar ningún papel en la fundamentación de la inexcusabilidad de aquellos defectos cognitivos. Aquí resta explicar por qué la reprochabilidad de los motivos tampoco tiene ninguna relevancia en la fundamentación del dolo o de aquello que, en el contexto anglosajón, se consideraría una culpabilidad de la ignorancia equivalente a la del conocimiento.⁶¹

a) La indiferencia como mero indicador fáctico

Se ha sostenido, con razón, que los motivos abyectos —en los tipos penales que los mencionan, que por lo general son calificaciones de tipos básicos— son meros epifenómenos de lo que realmente interesa, que es la completa falta de justificación objetiva de una clase de conducta.⁶² Pues bien, de igual modo, la indiferencia, el egoísmo, la desconsideración y cualquier otra motivación inmoral constituyen meros epifenómenos del dolo como categoría de imputación. Por eso, desde un punto de vista probatorio, pueden resultar útiles como guías o indicios para, justificadamente, creer que una imputación por dolo es *prima facie* merecida. Pero de esto, como ya se dijo, no se sigue que tengan que jugar un papel conceptual en el marco de la fundamentación del dolo.

Lo mismo vale para el conocimiento, la intención, la voluntad de evitación, la confianza en un desenlace feliz y cualquier otro estado mental,⁶³ así como para la entidad del peligro creado, la

⁶¹ Véase al respecto, por todos, HUSAK / CALLENDER, “Willful Ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’ Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality”, en *Wisconsin Law Review*, vol. 29, 1994, pp. 29-69.

⁶² Fundamental, al respecto, PERALTA, *Motivos reprochables*, Madrid y otras, Marcial Pons, 2012, pp. 261 ss., 312.

⁶³ Entran en consideración, en efecto, todos los estados mentales, sean cognitivos (no solo representaciones sino también creencias, como p. ej. la confianza —que es en rigor una creencia— errónea en que el resultado previsto no ocurrirá), volitivos (como intenciones) o disposicionales; entre estos últimos cuentan, en especial, los motivos (como, p. ej., precisamente la indiferencia, la desconsideración o el egoísmo, entre otros). Sobre todo esto véase PÉREZ BARBERÁ, *supra*

obviedad de ciertos rasgos objetivos del hecho punible, la amenaza de *poena naturalis*, etc. Todos esos datos fácticos, internos y externos, pueden ser, llegado el caso, *indicadores* de la presencia o ausencia de dolo.⁶⁴ Pero —otra vez— precisamente por eso son contingentes: de que usualmente se presenten en los casos dolosos no se sigue que *tengan que darse* para que sea viable imputar dolo.

PAWLIK cree que su explicación, por erigir a la indiferencia como requisito central para imputar dolo, parte de “consideraciones axiológicas, en lugar de ontológicas”,⁶⁵ lo cual, según él, sería más acorde con un enfoque normativo del problema. Sin embargo, así planteada la cuestión (es decir, sin especificaciones ulteriores), esa afirmación constituye un error categorial. Porque, como ya dije, la indiferencia, en tanto motivo, es una disposición interna y, por tanto, un estado mental; es decir: un dato tan ontológico —y psicológico— como el conocimiento. Fundamentar el dolo, sin más, en la motivación del agente, resulta entonces cuando menos problemático en el marco de un esquema en el que, como se ha visto, la crítica al psicologismo dominante aparece como un punto de partida de central importancia.

De todas formas, hay que considerar el argumento de PAWLIK en su mejor luz. Como vimos, él justifica requerir indiferencia para imputar dolo porque entiende que con esto su fundamentación es axiológica (es decir, normativa) y no ontológica. Es verdad que esto implica poner el foco en el epifenómeno y no en lo que realmente interesa, que es la premisa normativa de la que se parte para fundamentar el dolo. Pero lo cierto es que la indiferencia, al menos del modo en que es entendida aquí,⁶⁶ proporciona una señal muy clara acerca de cuál es esa premisa normativa para autores como PAWLIK y JAKOBS, aunque no la expliciten: esta no puede sino rezar que *es justo atribuir más responsabilidad penal a quien se distancie del derecho —o de los derechos de otro— porque estos no le interesan*. Es, como enseguida se verá, una premisa muy problemática. Pero lo importante es que está implícita en los razonamientos de ambos autores y que, por tanto, aquellos son genuinamente normativos.

Qué datos fácticos (incluidos los estados mentales) han de ser reputados relevantes para que una imputación por dolo esté justificada depende, precisamente, de la premisa normativa en la que

nota 6, pp. 702 ss., 730 ss.; en particular sobre disposiciones y conceptos disposicionales véase HASSEMER, “Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch. Zu Alltagstheorien und Dispositionsbegriffen in der Strafrechtsdogmatik”, en LÜDERSSEN/SACK, (eds.), *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, t. I, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1980, pp. 229 ss.; MYLONOPOULOS, *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, Fráncfort del Meno, Peter Lang, 1998; todos con más referencias bibliográficas.

⁶⁴ Véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, p. 43.

⁶⁵ PAWLIK, *supra* nota 6, p. 408.

⁶⁶ Desde luego que la indiferencia puede ser también una virtud (p. ej., si se es indiferente a ciertas tentaciones inmorales); la indiferencia que aquí interesa, por tanto, es la que manifiesta un agente frente a intereses *valiosos*.

a su vez tiene sustento el concepto de dolo del que se parte. Respecto del fundamento que dé respaldo teórico a esa premisa y a ese concepto existen, sin embargo, restricciones tanto conceptuales como políticas. En cuanto a las conceptuales, debe evitarse exigir, como necesarios, requisitos que generen tanto infrainclusión como sobreinclusión crasas;⁶⁷ de lo contrario, la fundamentación resultante será implausible (o inconsistente si, en aras de plausibilidad, se obtienen conclusiones que no se siguen del punto de partida adoptado). Y en cuanto a las políticas, ha de tratarse de una premisa normativa que sustente un concepto de dolo compatible con un Estado de derecho liberal; de lo contrario, la fundamentación resultante será ilegítima.

Tanto PAWLIK como JAKOBS desatienden ambas restricciones. En cuanto a la primera, la premisa normativa implícita —señalada más arriba—, a partir de la cual ambos autores exigen un déficit moral grave (indiferencia, egoísmo, desconsideración, etc.) para que sea admisible una imputación por dolo en casos de ceguera fácticas, les genera dos problemas: en primer lugar, que, dilemáticamente, deban admitir o bien consecuencias coherentes en el marco de sus sistemas pero implausibles por crasamente infrainclusivas (y contrarias al derecho positivo vigente), o bien consecuencias plausibles, pero internamente inconsistentes. Y en cuanto a la segunda, el fundamento escogido conduce a que sus conceptos de dolo no sean claramente compatibles con un derecho penal liberal. Fundamentaré ambos cuestionamientos a continuación.

b) La indiferencia como requisito conceptualmente implausible

De acuerdo con los recorridos históricos muy minuciosos que, desde perspectivas muy diferentes, han sido llevados a cabo en materia de imputación subjetiva,⁶⁸ algo es seguro: la modificación del concepto de dolo que JAKOBS, PAWLIK y yo proponemos no pretende dejar de considerar dolosos a supuestos que, para la doctrina dominante, serían casos claros (o paradigmáticos) de dolo.⁶⁹ A lo sumo buscamos demostrar que deberían ser dolosos ciertos supuestos de hecho marginales (ceguera ante los hechos, ignorancia deliberada) que esa doctrina

⁶⁷ Es decir: porque, jurídicamente, permitan capturar como dolosos *menos* casos de los que, por razones morales o axiológicas, correspondería (infrainclusión); o porque, jurídicamente, permitan capturar como dolosos *más* casos de los que, por razones morales o axiológicas, correspondería (sobreinclusión).

⁶⁸ Véase, entre otros, RAGUÉS I VALLÈS, *supra* nota 40, pp. 53 ss.; STUCKENBERG, *supra* nota 26, pp. 501 ss.; PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 159 ss.; PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 362 ss.

⁶⁹ Es cierto, no obstante, que de acuerdo con mi tesis algunos casos que por lo general son considerados dolosos deberían ser imputados como imprudentes (y por tanto impunes en el contexto de nuestros derechos positivos), como las tentativas irreales y supersticiosas. Pero esos, claramente, no son casos paradigmáticos de dolo (véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 133 ss.).

mayoritaria todavía considera imprudentes, lo que implica no restringir sino, al contrario, ampliar el ámbito de aplicación del dolo.

Pues bien, de acuerdo con esa concepción estándar de lo que cabe considerar doloso, son perfectamente concebibles casos de “dolo altruista” y de “imprudencia egoísta”.⁷⁰ Por eso hay acuerdo total, p. ej., en que el homicidio por piedad debe ser imputado como doloso;⁷¹ un caso claro de dolo altruista. Esto, por lo demás, es consistente con el derecho positivo, que considera dolosa a esa clase de conducta y que, en todo caso, admite que el altruismo de la motivación —en ese supuesto y en cualquier otro— sea tenido en cuenta en la determinación de la pena, o incluso que disminuya la escala penal del tipo respectivo.⁷²

En el esquema de PAWLIK, sin embargo, el homicidio por piedad debería ser imputable como imprudente, porque aquí el autor no obra por indiferencia y, por tanto, no estaría enemistado con el derecho. Esto sería, sin dudas, internamente consistente en el marco de su sistema, pero seriamente implausible: ¿cómo no imputar dolo si el autor mata queriendo matar y generando un peligro elevado a través de un medio adecuado para ello, siendo consciente de todas esas circunstancias? El dilema es evidente: si PAWLIK, en aras de ser convincente, afirmase que allí hay dolo, no sería consecuente con las bases de su programa. La misma crítica vale, ciertamente, para JAKOBS.

Podría decirse, con todo, que el ejemplo del homicidio por piedad muestra que la indiferencia, el egoísmo o cualquier otro motivo reproachable no pueden ser tenidos como definitorios o como condición conceptualmente necesaria de lo que se conoce como dolo directo de primer grado. Pero que, no obstante eso, no es idóneo para refutar la tesis de que esos motivos moralmente defectuosos son el rasgo común que tienen todos los casos de dolo eventual y, en particular, los de ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada. Esta objeción hipotética tendría ya el problema de que prescindiría de un concepto unitario de dolo, algo que, sin dudas, no sería del agrado de PAWLIK (ni de JAKOBS). Pero, fuera de ello, de la mano de otros ejemplos podrá comprobarse que, de

⁷⁰ Véase GRECO, “Comentario al artículo de Ramón Ragués”, en *Discusiones*, n.º 13, 2013, p. 73. “Por lo demás, los quebrantamientos de la norma más inequívocos pueden ocurrir sin ‘indiferencia’ y sin ‘egoísmo’” (SANCINETTI, *supra* nota 19, p. 236).

⁷¹ Véase, por todos FISCHER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 61.ª ed., Múnich, C. H. Beck, 2014, § 213, n.º m. 10 y 13, pp. 1488 s.). En la Argentina, según las circunstancias, sería subsumible o bien como homicidio simple doloso (art. 79, CP), o bien como homicidio, siempre doloso, agravado por el vínculo (art. 80 inc. 1.º, CP) pero atenuado por circunstancias extraordinarias (art. 82, CP). Respecto del carácter doloso de este último caso véase, por todos, CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, t. I, 6.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 16).

⁷² Véase art. 41, inc. 2, CP; StGB, § 46, párrafo 2. Véanse además las referencias legales citadas en la nota anterior.

considerarse que los motivos reprochables son condición necesaria de una imputación dolosa en casos de cegueras cognitivas respecto de circunstancias fácticas, se llegaría a resultados tan implausibles como el de considerar imprudente al homicidio por piedad.

Esto se puede demostrar con sencillez de la mano del siguiente caso de ignorancia deliberada (cuyo protagonista sería más un “avestruz” que un “zorro”),⁷³ que muestra que tampoco es necesario que esa decisión de no conocer esté motivada en una razón moralmente reprochable para que el caso en el que opere sea imputable a dolo.⁷⁴

Piénsese en un empresario honesto, sin herederos, que sabe que una enfermedad terminal acabará con su vida en pocos meses y cuya empresa está casi en bancarrota, porque no consigue trabajo. Le surge, sin embargo, la oportunidad de que le sea adjudicada una obra pública en un área en la que sabe que es casi imposible obtener un contrato sin corrupción. Pero para evitar que sus empleados se queden sin trabajo le pide a su gerente que consiga ese contrato como sea, sin contarle nada de lo que haga para lograrlo. El empresario actúa de ese modo porque teme que sus escrúpulos puedan interferir en el éxito de la gestión. El gerente corrompe al funcionario competente con dinero que obtiene de la venta (que le oculta al empresario) de una máquina de la empresa y obtiene el contrato. El empresario no se entera de los detalles esenciales del hecho, en particular de si el gerente pagó, o no, un soborno. Todas las ganancias del contrato son destinadas a evitar la bancarrota y a pagar los salarios de sus empleados, que gracias a esto logran conservar su trabajo.

⁷³ Véase LUBAN, *supra* nota 11, pp. 967 ss.

⁷⁴ En cuanto a la idea de ignorancia deliberada desarrollada en el ámbito anglosajón ya se ha visto que este es el punto que genera los mayores disensos, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. En la jurisprudencia de Estados Unidos, concretamente, el punto de vista mayoritario es el que no da relevancia a la motivación reprochable (el ya mencionado “*unrestricted approach*”), consagrado en *United States v. Carmen Denise Heredia*, 429 F.3d 820 (9th Cir. 2005). Lo sostienen ocho de las once cortes de apelaciones del circuito federal (véase SARCH, *supra* nota 7, pp. 1024 ss.) y recientemente ha recibido un apoyo decisivo por parte de la Corte Suprema de ese país en el caso *Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB SA*, 563 US 754 (2011): véase especialmente el apartado b. Al respecto véase también RIZZI, *supra* nota 7, pp. 18 ss. En la doctrina, en cambio, prevalecería el punto de vista que sí da relevancia a la motivación reprochable (el también ya mencionado *restricted motive approach*). Es el que sostienen, entre otros, LUBAN, *supra* nota 11, p. 969; HUSAK / CALLENDER, “Willful Ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’ Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality”, en *Wisconsin Law Review*, vol. 29, 1994, pp. 29-69, entre otros. SARCH critica al *restricted motive approach* por infrainclusivo y al *unrestricted approach* por sobreinclusivo e intenta ir por un camino intermedio; pero tras un extenso recorrido termina exigiendo motivación reprochable (véase SARCH, *supra* nota 7, p. 1087). Más allá de esto, coincido con él en que el *restricted motive approach* es infrainclusivo; le caben, por tanto, todas las objeciones que despliego en el texto contra el punto de vista equivalente —en lo esencial— de PAWLIK y JAKOBS.

También aquí, como se ve, la motivación del autor es altruista: evitar que sus empleados pierdan su trabajo. No obra, por tanto, ni con egoísmo ni con indiferencia.⁷⁵ Ahora bien, asumido como viable el dolo sin representación de todos los elementos del tipo y que no es punible el cohecho imprudente, ¿sería axiológicamente correcto dejar impune al empresario por considerarse necesario, para poder imputar dolo, que la decisión de ignorar deliberadamente tenga una motivación reprochable, como indiferencia, egoísmo, etc.? Honestamente, creo que no, sin perjuicio de que ese dato sea tomado en consideración en la motivación de la pena.

Lo mismo podrá apreciarse de la mano del siguiente ejemplo, que describe un supuesto de ceguera ante los hechos. Piénsese en esta suerte de variante del caso de la correa de cuero:⁷⁶ *A* ama a su madre, ya anciana y muy débil, pero, todavía, con algunos años de vida por delante. Un usurero le hace saber a *A* que su madre tiene serios problemas económicos y que le debe mucho dinero; que ha investigado a la anciana y sabe que el único bien valioso que tiene es un collar de perlas que heredó de su abuela, al que luce continuamente en su frágil y delgado cuello; sabe, asimismo, que por el valor afectivo que el collar tiene para ella no está dispuesta a entregarlo, bajo ninguna circunstancia. Por eso el usurero concede a *A* tres días para que obtenga ese collar y se lo entregue, bajo la amenaza de que, de lo contrario, matará a su madre en algún momento. *A* es pobre y no tiene bienes suficientes para ayudar a su madre, pero en lugar de pedir dinero a otra persona o llamar a la policía decide robarle el collar esa misma noche, para dárselo de inmediato al usurero y evitar todo riesgo de que su madre muera asesinada. *A*, sin ninguna experiencia en estas cosas, se enmascara para no ser reconocido y va al encuentro de su madre mientras ella duerme. Tensa con fuerza un cinturón de cuero en el cuello de ella para dejarla inconsciente por un momento y quitarle el collar; su madre, sin embargo, se despierta y se resiste un poco. *A*, entonces, la ahorca con mucha más fuerza con el cinturón, sin representarse en ningún momento que por eso podría matarla (algo que, por supuesto, no quiere de ningún modo), pese a que es ostensible la debilidad de la anciana y la fuerza con la que el cinto presiona su cuello. La madre, a los pocos segundos, muere debido a la asfixia que le provoca la maniobra estranguladora de su hijo.

Piénsese el mismo caso, pero con la siguiente modificación: *A* se representa en algún momento, vagamente, la posibilidad de que su madre muera debido a su estrangulamiento, pero confía en que

⁷⁵ Aquí PAWLK podría objetar que el autor sí ha obrado con indiferencia, claramente no por su motivación, pero sí respecto de la norma penal que prohíbe el cohecho. Por supuesto que sí. Pero eso implicaría entender a la indiferencia como equivalente a “posicionamiento contrario al derecho” y otorgarle por tanto una significación y una función superfluas y sin ningún poder explicativo para distinguir entre dolo e imprudencia (véase al respecto *infra*, V.2).

⁷⁶ BGHSt. 7, 363, sentencia del 22/4/1955 (causa 5 StR 35/55). Ampliamente sobre este caso PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 262 ss.

eso no ocurriría. O preséntese el ejemplo del modo —muy plausible— en que podría ser reconstruido el caso de la correa de cuero si se aplicara correctamente el aparato conceptual de SCHMIDHÄUSER:⁷⁷ en algún momento el autor se representa como posible la muerte de su madre, pero no en el instante exacto de llevar a cabo la acción mortal, porque si en ese momento hubiese tenido esa representación, no habría continuado, dado que de ningún modo quería matarla.

En cualquiera de las variantes del ejemplo (ausencia de representación, representación intermitente o confianza en que no ocurrirá el resultado que el agente sí se representa como posible), ¿sería plausible tener a este hecho como un homicidio meramente imprudente? A mi juicio, claramente no: es un caso que, como el de la correa de cuero, sin dudas debería ser imputado como doloso, por las razones que luego detallaré (y, en contra de lo que piensa JAKOBS, incluso pese a la amenaza de una *poena naturalis*).⁷⁸ Sin embargo, el autor obró de ese modo porque, aun sin que se den los requisitos del estado de necesidad, quería salvar a su amada madre: dolo altruista, otra vez. Parece claro, entonces, que hay que descartar la indiferencia y cualquier otra motivación inmoral como relevante para justificar la imputación por dolo también en los casos de dolo eventual, incluidos los de ceguera ante los hechos.

Casos como estos o el del homicidio por piedad muestran, como se ve, cuán crasamente infrainclusivo es el concepto de dolo que PAWLIK y JAKOBS proponen. El punto, claro está, es dar con las razones que justifican que se impute dolo pese a la ausencia de “maldad” o incluso de indiferencia. Pero a ello me referiré más adelante (*infra*, IV). Aquí es pertinente, todavía, señalar lo que sigue acerca de la postulación de indiferencia u otras motivaciones moralmente reprochables como requisito necesario para la imputación por dolo.

4. La ilegitimidad de la indiferencia

Aun si quien obra con ceguera ante los hechos o ignorancia deliberada lo hace por indiferencia, egoísmo o desconsideración —algo que, como dije, ciertamente ocurre muchas veces—, desde el punto de vista de un derecho penal liberal no sería legítimo —sin más— fundar ni la inexcusabilidad de ese déficit cognitivo ni el dolo mismo en la motivación inmoral del autor. Porque eso implicaría

⁷⁷ Véase toda la explicación, con las referencias bibliográficas pertinentes, en PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 499 ss.; ÍDEM, *supra* nota 21, pp. 454 ss. (pp. 454 s.). Allí se explica que, llamativamente, SCHMIDHÄUSER, respecto del caso de la correa de cuero, llega a una conclusión inconciliable con su punto de partida.

⁷⁸ Véase JAKOBS, *supra* nota 6, p. 596.

que su grado de responsabilidad penal se decida en función no de lo que aquel hace, sino de su posicionamiento moral respecto de lo que su conducta provoca.

Ya se vio que la premisa normativa —implícita— que fundamenta el dolo en el argumento de PAWLIK (y en el de JAKOBS) reza que es justo imputar más responsabilidad penal a quien se aparta del derecho por motivos moralmente muy reprochables que al que lo hace por motivos que, desde ese mismo punto de vista, son menos reprochables o directamente no reprochables. Dicho de un modo más coloquial —pero equivalente—, según esa premisa sería justo imponer más pena al “malo” (o al indiferente) que al “bueno” (o al deferente), aunque tanto objetiva como subjetivamente —con excepción del motivo— ambos realicen de igual manera un mismo tipo penal.⁷⁹ Esto, sin embargo, no es del todo consistente con un derecho penal liberal.⁸⁰

En un derecho penal liberal no es viable, en principio, que el dolo tenga su fundamento en la motivación del autor, en particular no en su motivación reprochable por razones morales. Ya la idea misma de “*enemidad* con el derecho”, fuera de que es vaga en exceso, tiene una vinculación fuerte con un derecho penal de autor. Porque, aunque desde ese lugar se tome en cuenta también lo que el agente hace (ignorar crasamente), lo cierto es que se evalúa eso en función de una toma de postura interna de aquel frente al orden jurídico. Y es esto precisamente lo que no casa bien con un derecho penal de acto.

IV. El fundamento del dolo

En el apartado III.3 he sido bastante minucioso, creo, en mostrar qué, a mi juicio, no debe fundamentar el dolo y lo hice polemizando, siquiera en parte, con la concepción de PAWLIK. Resta, sin embargo, exponer las bases centrales de lo que, a mi juicio, sí fundamenta el dolo, entendido como concepto no tanto “unitario”, sino básico, en el sentido de que captura todas las formas del dolo.

⁷⁹ PAWLIK y JAKOBS, en efecto, si fueran consistentes con sus puntos de partida deberían concluir que si *A* desenchufara el respirador de *B* para matarlo por piedad, actuaría sin dolo; mientras que si hiciera exactamente lo mismo pero porque quiere heredar sus bienes, actuaría con dolo.

⁸⁰ Y tampoco sería aceptable para el republicanismo en tanto doctrina que enfatiza la idea de libertad como no dominación: imponer a los individuos parámetros morales desde el Estado implica, en efecto, una forma de dominación; sobre republicanismo véase PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 51 ss.

1. Pertinencia de un concepto básico de dolo

El fundamento *general* del dolo no puede consistir en la inexcusabilidad de no conocer. Por lo pronto, fuera de otras razones de fondo, porque eso no es lo que sucede en todo caso doloso sino, únicamente, en los supuestos de dolo con representación deficiente: ceguera ante los hechos, ignorancia deliberada, etc. Su fundamento tiene que ser tal que capture el rasgo que caracteriza *toda* forma de dolo; es decir, también lo que se conoce como dolo directo de primero y de segundo grado y el dolo eventual en su versión tradicional. Tal como lo advertí ya en mi tesis doctoral, el concepto de dolo que propongo no conduce a abandonar la clasificación corriente entre distintas formas de dolo: una básica (que se correspondería con el dolo eventual con representación deficiente) y otras calificadas.⁸¹

Lograr dar con un concepto básico de dolo es importante porque es lo que justifica que se considere y que se denomine “dolo” a toda forma de imputación que comparta un rasgo común y que ha de ser, en sustancia, la más grave.⁸² Con solo dos categorías (*de lege lata*: dolo e imprudencia), pero ninguna de estas rígida en cuanto a la exigencia de conocimiento efectivo, se logra, por lo demás, un *continuum* en la atribución de responsabilidad que permite cubrir de modo axiológicamente correcto un muy amplio espectro de casos y que por tanto torna problemática la incorporación de nuevas categorías (rígidas), como la del *recklessness* del derecho anglosajón.⁸³ Me parece, en efecto, que la solución con base teórica más sólida para lograr aquel resultado ventajoso para la imputación subjetiva no pasa por flexibilizar la cantidad admisible de categorías rígidas (para agregar otras igualmente rígidas), sino —como tempranamente lo advirtió JAKOBS—⁸⁴ por flexibilizar, para la imputación dolosa, las categorías disponibles, en particular por flexibilizar la exigencia de conocimiento efectivo de todos los elementos del tipo.

⁸¹ Véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 686 ss.

⁸² Como bien dice PAWLIK, *de lege ferenda* al menos no interesan las etiquetas (“dolo”, “imprudencia”, etc.). Véase PAWLIK, *Ciudadanía y derecho penal* [trad. Ricardo ROBLES PLANAS y otros], Barcelona, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 150 s., p. 155.

⁸³ En contra de la solución (propuesta por WEIGEND y RAGUÉS I VALLÉS, entre otros) de incorporar más categorías de imputación, como esta de la *recklessness*, ya me he pronunciado en otro lugar, con las pertinentes referencias a los antecedentes históricos de esa idea, que en el ámbito alemán se remontan al siglo XIX (véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 202 s.; ÍDEM, *supra* nota 18, pp. 234 s.). Últimamente se ha propuesto, incluso, directamente eliminar el “dolo eventual” y reemplazarlo por la mencionada *recklessness*: véase HÖRNLE, “Plädoyer für die Aufgabe der Kategorie ‘bedingter Vorsatz’”, en *Juristenzeitung*, 2019, pp. 440 ss. (pp. 445 ss.).

⁸⁴ Véase ya JAKOBS, *supra* nota 23, 8/5, pp. 259 s.; véase asimismo FELIP I SABORIT, *Error iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el artículo 14 del código penal*, Barcelona, Atelier, 2000.

2. Evitabilidad como parámetro de la capacidad de acción en el ilícito

En materia penal, como es sabido, la opinión dominante diferencia entre ilícito y culpabilidad.⁸⁵ Siguiéndose a KINDHÄUSER puede decirse que, en el plano del ilícito, corresponde ocuparse de la cuestión de la *capacidad de acción*, y que, en el plano de la culpabilidad, se examina lo relativo a la *capacidad de motivación*.⁸⁶ Por eso, en el ámbito propio del ilícito los interrogantes esenciales son: ¿supo el autor, o podría haber sabido, lo que hizo? Y como consecuencia de eso, ¿podría haber evitado lo que hizo?⁸⁷ En la culpabilidad, en cambio, las preguntas estándares son las siguientes: ¿conoció el autor, o podría haber conocido, la prohibición o el mandato reforzados por la norma jurídico-penal de que se trate? Y como consecuencia de eso, ¿podría haber evitado la violación del derecho?⁸⁸

La posibilidad de evitación (o evitabilidad) cumple, pues, un papel esencial para ambas categorías. Que PAWLIK cuestione la pertinencia de la distinción entre ilícito y culpabilidad —al menos para cierto espectro de la teoría del delito— no modifica en nada lo que se acaba de señalar. Porque, incluso en su esquema, estos son interrogantes que *tienen que ser planteados*, solo que su examen habrá de tener lugar, en todo caso, en locaciones sistemáticas diferentes a las tradicionales.⁸⁹

De lo que se trata en el momento de la imputación subjetiva es de *distribuir* la carga o exigencia de mantenerse fiel al derecho, de acuerdo con criterios de atribución de responsabilidad —dolo e imprudencia, p. ej.— que tienen que ser consistentes, por tanto, con principios de justicia distributiva.⁹⁰ Es, en efecto, un principio de esta clase el que, en mi fundamentación, opera como

⁸⁵ Véase, por todos, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, § 7, n.º m. 57 ss.

⁸⁶ Así KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2013, § 5, n.º m. 8 s.; ÍDEM, *Geführung als Straftat*, Fráncfort del Meno, Klostermann, 1989, pp. 29 ss.

⁸⁷ Véase al respecto JAKOBS, *supra* nota 23, 9/2, p. 316.

⁸⁸ Véase al respecto KINDHÄUSER, *supra* nota 86, § 21, n.º m. 5 ss., pp. 179 ss.

⁸⁹ También JAKOBS ha pretendido relativizar estas distinciones, sosteniendo que, en verdad, no solo en la culpabilidad, sino también en el ilícito es siempre determinante la orientación en función de normas (véase JAKOBS, *supra* nota 31, pp. 10 ss.). Eso, a su juicio, sería obvio con los elementos normativos del tipo (para saber qué es “ajenidad”, en el hurto, habría que tener una noción del derecho civil, etc.). Pero lo mismo ocurriría con los denominados elementos objetivos, porque estos, en su opinión, describirían siempre referencias a derechos y por tanto serían, en rigor, elementos normativos (“ser humano”, p. ej., sería un elemento normativo del tipo porque “lo que se destruye es la propiedad sobre el cuerpo”). Este análisis, sin embargo, es a mi juicio equivocado. Por lo pronto porque pasa por alto la conocida —y crucial, para evitar estos equívocos— distinción de SEARLE entre hechos brutos y hechos institucionales: estos últimos son hechos, aunque estén configurados también por normas (véase SEARLE, *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje* [trad. Luis M. VALDÉS VILLANUEVA], Barcelona, Planeta-De Agostini, 1994, pp. 58 ss.).

⁹⁰ La bibliografía es inabarcable. Para un panorama de acceso simple y a la vez muy completo véase LAMONT / FAVOR, “Distributive Justice”, en ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/justice-distributive/> [enlace verificado el día 28 de febrero de 2021].

premisa normativa explícita para justificar por qué es correcto que, frente a determinadas condiciones fácticas, corresponda la atribución de un cierto grado de responsabilidad.⁹¹ El principio distributivo en cuestión reza, básicamente, que *es moralmente correcto —o justo— exigir más de quien puede más*.

La premisa normativa en cuestión es consistente con los principios distributivos favorecidos por las concepciones que atienden, sobre todo, al merecimiento, entendido aquí, no obstante, no en términos retributivos (“porque hiciste un mal, mereces un mal”), sino distributivos (“puedes más porque haces *p*, entonces mereces que se te exija *q*”). El ejemplo impositivo estándar sería: puedes más porque ganas más, entonces mereces que se te exija que tributes más.⁹² Esta concepción, en tanto se centra en lo que el agente puede por lo que hace, y distribuye responsabilidad en función de eso, se ajusta perfectamente al proceso estándar de imputación propio del derecho penal liberal.

La premisa normativa en cuestión es, como se ve, contingente respecto del dato fáctico al que otorga relevancia (a saber: la mayor evitabilidad). Porque si bien “debe” implica “puede”,⁹³ de “puede” no se sigue “debe”.⁹⁴ No es, entonces, que del hecho de que el agente pueda más se siga directamente que él debe ser hecho más responsable que si puede menos. Esta conclusión, que es de índole práctica, viene consecuentemente mediada por la premisa normativa en cuestión, que *agrega* una razón moral a partir de la cual se afirma que, aunque de “puedes más” no se siga “debes más”, en este contexto es justo que quien puede más deba más o que deba responder con más. Por supuesto que la corrección moral de esa premisa normativa puede ser puesta en cuestión,⁹⁵ pero en tanto sea admitida estará justificado que la comunidad exija con mayor vigor que no cometan delitos a aquellos que menos tienen que esforzarse para evitarlos.⁹⁶

⁹¹ En la culpabilidad ocurre exactamente lo mismo, solo que el *resultado* de la distribución de culpabilidad (que incluye el de la ilicitud) constituirá la base a partir de la cual, en función ya de criterios de justicia retributiva, se determinará si corresponde responder con pena y, en su caso, con cuánta.

⁹² Acerca de concepciones “*desert-based*” de justicia distributiva véase nuevamente LAMONT/FAVOR, *supra* nota 90, apartado 6.

⁹³ “*Ultra posse nemo obligatur*”.

⁹⁴ Esto sería una falacia naturalista que vulneraría el “abismo lógico de Hume”.

⁹⁵ La objetarían los libertarios à la Nozick, p. ej. véase LAMONT / FAVOR, *supra* nota 90, apartado 7. Y desde otro lugar ha sido cuestionado, p. ej., que el ingreso a universidades de prestigio atienda solo a factores ligados al merecimiento. Véase DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1977, pp. 223 ss.

⁹⁶ Como se ve, de ninguna manera “abjuro” de la inclusión de *premisas* morales en la fundamentación de un criterio jurídico de atribución de responsabilidad penal. Pero eso es algo muy diferente a admitir que se fundamenten esos criterios a partir del hecho de que el *agente* actúe inmoralmemente. Me interesa, asimismo, dejar en claro que lo dicho en mi argumento no implica incluir a la moral en el derecho; simplemente apunta a configurar un derecho que, en todo caso, sea consistente con la moral, presupuesta como un sistema normativo independiente.

En la fundamentación que propongo, entonces, el dato fáctico que la premisa normativa en cuestión torna relevante está ligado al grado de evitabilidad. Por eso, tanto en el ilícito como en la culpabilidad todo lo que interesa es determinar si, y en qué medida, el autor podía —y, como consecuencia *válida* (aunque no necesaria) de ello, debía— evitar: la conducta (en el ilícito) y la violación del derecho (en la culpabilidad). Que la ilicitud del agente sea dolosa o imprudente, asumido desde luego que la dolosa es la más grave, dependerá por tanto solamente de esa circunstancia estrictamente fáctica, pero normativamente relevante a partir de la premisa práctica especificada; y no, como sucede en la fundamentación de PAWLIK, de la incorrección moral de la motivación del agente.

El grado de evitabilidad depende, a su vez y como ya se dijo, de cuán cognoscibles (o, en su caso, conocidas) hayan sido, para el autor las consecuencias o ciertas características de su comportamiento. Asumido, como dice JAKOBS, que hubiese querido evitar.⁹⁷ Se trata, en efecto, solo de cuánto puede el autor *dominar o controlar* —fácticamente— su comportamiento y, en su caso, las consecuencias de este, analizado esto, naturalmente, desde una perspectiva *ex ante*, porque un peligro de muy elevada magnitud, una vez iniciado el comportamiento que lo genera, puede que ya no sea controlable en absoluto. La incorrección moral de la motivación del agente no interesa no solo porque, como dije, tener eso en cuenta es ilegítimo en el marco de un derecho penal liberal, sino también porque tal déficit moral no incide en absoluto en la posibilidad de dominio o de control ni de lo que se hace ni de lo que, con lo que se hace, se provoca. En los casos de cegueras fácticas, por tanto, el punto neurálgico de la cuestión que aquí interesa es mostrar por qué el dominio del agente sigue siendo suficiente para imputar dolo pese a lo que desconoció.⁹⁸

Desde luego que, como ya dije, estados mentales como el conocimiento, la efectiva representación como posible de la realización del tipo, la voluntad de su realización, etc. pueden jugar —en tanto no sean irracionales— un papel indiciario⁹⁹ muy importante para la ilicitud dolosa. Porque, *ceteris paribus*, quien sabe lo que hace y quiere lo que sabe domina más su comportamiento y controla mejor sus consecuencias —y estos, por tanto, resultan más fácilmente evitables— que quien no sabe lo que hace y, por consiguiente, tampoco lo quiere. ¿Significa esto, entonces, que el conocimiento o la representación efectiva de *todos* los elementos de un tipo penal y la voluntad de

⁹⁷ Véase al respecto JAKOBS, *supra* nota 23, 6/27, pp. 140 s.

⁹⁸ Esto mismo es lo que se intenta justificar, en el derecho penal anglosajón, con la “tesis de la equivalencia de la culpabilidad” respecto de la ignorancia deliberada. Y tanto aquí como allá la discusión es la misma: ¿es la motivación reprochable lo que debe ser tenido en cuenta para afirmar o negar tal equivalencia o la motivación no cuenta en absoluto?

⁹⁹ Véase HASSEMER, “Kennzeichen des Vorsatzes”, en DORNSEIFER y otros (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Colonia, Heymanns, Colonia y otras, 1989, pp. 289 ss.

realizarlos a *todos* tienen que ser erigidas como condiciones empíricas necesarias para la imputación dolosa?¹⁰⁰

A mi juicio, no. Lo cierto es que, tal como sucede en los casos de desviaciones de cursos causales (*dolus generalis*, p. ej.),¹⁰¹ pese a la representación deficiente es posible, de todos modos, que el autor sepa y controle *lo suficiente* como para merecer una imputación por dolo,¹⁰² que es lo que sucederá, precisamente, si es irracional no conocer o confiar en que el tipo no se realizará.¹⁰³ La expresión “ceguera ante los hechos”, entonces, no es demasiado feliz. Porque sugiere que el autor que obra en esas condiciones no tiene idea de lo que hace, o que no se representa ni controla *nada* relacionado con su conducta. Sin embargo, un “ciego” doloso ante los hechos no es quien desconoce por completo lo que hace; antes bien es quien, con capacidad de culpabilidad, desconoce o no se representa, inexcusablemente, solo algún aspecto (incluso importante) de su obrar o algunas de sus consecuencias, o quien, sin ninguna justificación epistémica, confía en que lo obvio no ocurrirá.¹⁰⁴

Si en esas circunstancias es posible imputar dolo, es porque tslrld defectos cognitivos, si son completamente injustificables (por irracionales), no impactan de modo decisivo en la base epistémica del agente y, por tanto, en su capacidad de dominio.¹⁰⁵ En efecto, si en un determinado supuesto de hecho es epistémicamente irracional que el agente no conozca algún aspecto de su conducta típicamente relevante, o que no se represente el resultado típico, es, como vimos, porque ya conoce lo suficiente como para poder evitar con suma sencillez.¹⁰⁶ Por eso —por lo mucho que

¹⁰⁰ Esa es la exigencia estándar de la doctrina dominante. Véase, por todos, WESSELS / BEULKE / SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, § 7, n.º m. 306, p. 93.

¹⁰¹ Sobre *dolus generalis* véase, por todos, ROXIN, *supra* nota 85, § 12, n.º m. 174 ss., pp. 522 ss. Hay acuerdo unánime en que los casos de “*dolus generalis*” son, precisamente, dolosos. La opinión dominante en Alemania y entre nosotros, por tanto, ya ha aceptado que no es esencial, para el dolo, la representación de *todas* las circunstancias fácticas directamente ligadas a la conducta típica, como, p. ej., ciertas precisiones del curso causal y del resultado.

¹⁰² Así también JAKOBS, *supra* nota 31, p. 9: “la función de llamada que tiene su origen en un saber es algo casi ubicuo y que no se encuentra unido al conocimiento de la *completa* realización del tipo penal” (bastardilla agregada).

¹⁰³ Véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 18, p. 223.

¹⁰⁴ Alguien que, en circunstancias así, no se representa *nada* o casi nada, al punto de no saber qué hace, será ya, seguramente, un inimputable o incapaz de culpabilidad.

¹⁰⁵ Así PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 745 ss, 754 s.: similar JAKOBS, *supra* nota 31, p. 8; ÍDEM, *supra* nota 16, p. 34 s.

¹⁰⁶ Similar SANCINETTI, *supra* nota 19, pp. 236 ss., quien, con su agudeza habitual, abordó el problema desde la óptica correcta antes que todos los demás. Sin embargo, como para él una representación deficiente no es suficiente para imputar dolo, su descripción de los casos fuerza los hechos. En los ejemplos de Jakobs con los que trabaja no es que el agente no desconozca. Desconoce (y desconoce una circunstancia típica esencial), sólo que irracionalmente, y por eso lo que desconoce no cuenta. Lo que conoce, por su parte, es ciertamente suficiente para imputar dolo, pero de eso no se sigue que no haya

ya conoce, por lo robusta que es su base epistémica— en tales casos un agente está *comprometido* con lo que no conoció.

Tal base epistémica no tiene por qué ser *igual* a la de quien conoce, ni “equivalente”, como se plantea en el *common law*; de lo contrario, el conocimiento continúa funcionando como parámetro definitivo de adecuación¹⁰⁷ y eso, a mi modo de ver, es propio de un análisis que, analítica y epistemológicamente, no alcanza a ser todo lo fino que resulta necesario.¹⁰⁸ Lo importante es que la base epistémica del agente sea suficientemente sólida como para que pueda decirse que a quien no conoció de todas formas le resultaba *muy* sencillo evitar.

Un dominio o control robusto de la acción (y llegado el caso: de sus consecuencias) es todo lo que se requiere, en efecto, para que evitar sea más sencillo; y si evitar es más sencillo, es justo y es también razonable, como se dijo, que la exigencia de evitar sea mayor. Cuanto mayor es el riesgo creado, más fácil es evitar, porque en tales casos, precisamente por la elevada entidad del peligro, más representaciones se activan y más alarmas se encienden. Por lo demás, no es fácticamente posible generar un riesgo alto sin un dominio robusto de la propia conducta.

Esa elevada posibilidad de dominio de la conducta y, por tanto, de control de sus consecuencias es lo que se verifica en todo caso tradicional de dolo y también, claramente, en todos los casos de cegueras fácticas en los que el autor no es un inimputable: *por eso* son dolosos. ¿O alguien podría decir seriamente que los jugadores de *rugby* del ejemplo, más allá de no haberse representado la muerte de la víctima, o de que confiaran en que no moriría, no contaban no obstante con suficiente dominio de la acción y que, por tanto, no estaban en condiciones suficientemente óptimas de

habido un desconocimiento craso de una circunstancia típica esencial. Por eso hay cegueras fácticas y por eso pueden ser dolosas. Es posible que esos ejemplos de Jakobs no sean del todo apropiados, pero hay casos en los que, a mi juicio, las cosas sólo se describen acertadamente si se lo hace del modo en que lo propongo aquí (el de los *rugbiers*, sin ir más lejos, o, con toda obviedad, los casos claros de ignorancia deliberada).

¹⁰⁷ Esto es lo que está en la base de las concepciones desde las que ha sido criticada mi tesis. Véase, p. ej., RAGUÉS I VALLÈS, *InDret*, 3/2012, pp. 9 y 11; ORTIZ DE URBINA GIMENO, “¿Dolo como reproche? Observaciones sobre método y axiología en la propuesta de abandono de la idea de dolo como estado mental”, en *Pensar en derecho*, n.º 2, 2013, pp. 357 ss. (p. 360); MANRIQUE, “Reproche al ‘dolo como reproche’”, en *Pensar en derecho*, n.º 2, 2013, pp. 357 ss. Para todos ellos el dolo exige conocimiento como condición necesaria.

¹⁰⁸ La concepción de MAÑALICH, por el contrario, parte de una base acertada, que es fijar, únicamente, las condiciones *formales* de aplicación del dolo como forma de imputación: el agente tiene que haber conocido todo lo necesario para que se le pueda imputar dolo. Habrá que ver, entonces, qué implica esto en cada caso y por tanto ha de quedar *abierta* la cuestión de si, pese a la ignorancia crasa de una circunstancia típica, no obstante el agente conoció lo suficiente. Véase MAÑALICH R., “Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo”, en *Política criminal*, vol. 14, n.º 27, 2019, pp. 296 ss. (303 ss.), disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v14n27/0718-3399-politcrim-14-27-296.pdf> [enlace verificado el día 28 de febrero de 2021]].

controlar el riesgo de muerte que generaban como para que evitarla les fuese completamente sencillo?

Si el agente, en cambio, genera un riesgo *escaso* y no se lo representa, entonces su dominio, respecto de ese riesgo, será muy limitado. Porque un riesgo escaso, que además uno ni siquiera se representa, apenas si puede ser controlado y, por tanto, evitado. Estos, por lo general, son casos de imprudencia inconsciente, que precisamente por su muy limitada evitabilidad se traducen en una atribución de responsabilidad igualmente reducida. Y si hay representación como posible de esa clase de riesgo, pero confianza en un desenlace feliz (imprudencia consciente), esa confianza es racional, precisamente porque es epistémicamente atendible que se confíe en poder controlar un peligro escaso.¹⁰⁹

En suma: el autor doloso no merece ser hecho más responsable que el imprudente por actuar en forma más “malvada”, o más egoísta, o menos deferente. Eso es contingente. Es la elevada posibilidad de dominio de la acción y de control de sus consecuencias lo que torna muy sencillamente evitable a un hecho y, por tanto, lo que justifica una atribución de responsabilidad más seria. Este es el rasgo característico de todo caso doloso y por eso hay dolo tanto en el homicidio por piedad como en los casos de cegueras fácticas, cualquiera sea la corrección moral (o el disvalor) de la motivación del agente. En suma: el mayor poder de evitar —y por tanto de dominio— es lo que caracteriza toda forma de dolo y lo que *no se da* en la imprudencia.

3. Dolo como infracción calificada de un deber de evitar

Todo concepto de dolo, incluso el de la doctrina dominante, exige la infracción de un determinado deber para que ese grado de atribución de responsabilidad sea el que corresponda. Por eso el concepto de dolo es *siempre* normativo. Hablar de “normativización” del dolo es, en consecuencia, analíticamente equivocado.¹¹⁰ Lo que diferencia a un concepto de dolo como el que

¹⁰⁹ Así PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 766 s., en donde me refiero con detalle a la idea de “atendibilidad” de una explicación. En Alemania, la distinción entre dolo e imprudencia en función de la entidad del peligro creado tiene sus fuentes esenciales en MÜLLER, Max Ludwig, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, Tubinga, Mohr, 1912; HERZBERG, “Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes”, en *JuS*, 1986, pp. 249 ss.; y PÜPPE, *supra* nota 24, pp. 17 ss., donde, como es sabido, distingue entre “peligro de dolo” y “peligro de imprudencia”.

¹¹⁰ Véase sin embargo PAWLIK, *supra* nota 82, pp. 142 ss.; ROXIN, *supra* nota 24, pp. 243 ss.; JAKOBS, *supra* nota 16, p. 39, nota 120. Abandonar el “psicologismo habitual” (algo que, como se vio, a mí también me interesa sobremedida) no significa “normativizar” conceptos empíricos (como el de conocimiento, etc.), sino explicitar la premisa normativa que torna relevantes tales datos fácticos y enfocar la explicación a partir de eso.

defienden JAKOBS y PAWLIK tanto del que postula la opinión dominante como del que propongo aquí es, solamente, el hecho de que la premisa normativa de la que parten los dos autores alemanes es diferente a la que precede la fundamentación de la concepción mayoritaria y de la mía.

En esto, en efecto, mi punto de vista es muy cercano al tradicional: ambos parten de la misma premisa normativa (aunque la doctrina dominante no la explicita) porque ambos consideran justo que se exija más a quien puede más. El problema de la concepción tradicional no reside, entonces, en su punto de partida, sino, como dije, en no haber llevado a cabo un análisis más fino acerca de cómo debe ser la base epistémica del agente para que sea viable afirmar que “puede” lo suficiente como para merecer la forma de imputación más grave.

Lejos de ello, la opinión dominante se ha conformado con la idea, a mi juicio un poco tosca, de que “poder más” importa, necesariamente, un “conocimiento total” de las circunstancias fácticas abarcadas por el tipo objetivo, algo imposible de no mediar omnisciencia. En el marco de la inevitable parcialidad de toda representación, entonces, hay que determinar con un poco más de precisión cuándo, no obstante, se cuenta con dominio suficiente de la propia conducta como para que pueda afirmarse que es dolosa. Y esto no tiene por qué ser admitido solo en supuestos en los que lo desconocido es meramente lateral, o sin mayor importancia respecto del núcleo de la conducta típica. Por todo lo explicado, si el defecto cognitivo es irracional, un dominio suficiente de la acción (para imputar dolo) no tiene por qué ser descartado si se trata, incluso, del desconocimiento craso de algún aspecto crucial de lo que se hace o de lo que se provoca. En esto último, entonces, mi concepción sí se distancia, drásticamente, de la opinión dominante.

Ahora bien, ¿cuál es, según estas diferentes concepciones, el deber que resulta vulnerado cuando corresponde una imputación por dolo? PAWLIK podría alegar que ese deber es el de no ser indiferente frente al derecho, o frente al derecho de los otros. Sin embargo, quedó claro ya que el problema de sostener algo así reside en que también el autor imprudente puede obrar por indiferencia, egoísmo u otros motivos reprochables. Frente a esto sería necesario, entonces, establecer algún criterio para distinguir entre “indiferencia más y menos intensa”.

Algo así, sin embargo, sería ajeno al sistema de PAWLIK, en el que la diferenciación entre dolo e imprudencia es establecida no por una gradualidad en el nivel de indiferencia (algo por cierto muy complejo de concretizar en tanto se trata, como vimos, de un posicionamiento moral), sino por afirmación o negación, sin más, de la indiferencia (recuérdese: allí indiferencia equivale a enemistad con el derecho y por tanto a dolo). En el esquema de PAWLIK, en rigor, la indiferencia gana un papel

para fundamentar el dolo solo si es la razón de un desconocimiento craso. El deber que solo vulnera el autor doloso ha de estar relacionado, entonces, más bien con esto último.

Tal como lo ha planteado JAKOBS, aunque con otro alcance, el deber jurídico que se vulnera en *todos* los casos, sean dolosos o imprudentes, es un deber de *evitar*, no de conocer o de prever.¹¹¹ Porque, si se conoce o se prevé, obviamente no habrá vulneración a un deber de conocimiento, pero sí dolo o imprudencia (consciente) si, pese a que se conoció o se previó, no se evitó lo que se debía evitar. En todo caso, se vulnerará *también* un deber jurídico de conocer en los supuestos de imprudencia inconsciente y de dolo con representación deficiente. Habrá dolo o imprudencia, entonces, según cuán intensa sea la vulneración del deber de evitar. En la medida en que esto remite a evaluaciones epistémicas, y no morales, ofrecer un criterio para establecer la distinción no es tan dificultoso.¹¹²

Ya en mis trabajos anteriores —y también aquí, más arriba— he delineado ese criterio: a mi juicio, en los casos de ausencia de conocimiento y en los de previsión errónea la afectación del deber de evitar será la propia del dolo si es especialmente *calificada*, que es lo que sucede cuando, desde un punto de vista objetivo y *ex ante*, es muy sencillo poder evitar; esto ocurre si tales defectos cognitivos son epistémicamente irracionales. Para la imputación por imprudencia, en cambio, bastará con que esa afectación no sea calificada, que es lo que sucede cuando, desde esas mismas perspectivas, no es muy sencillo poder evitar; esto ocurre si tales defectos cognitivos no son epistémicamente irracionales.¹¹³

4. ¿*Dolus malus*?

Como se vio, PAWLIK enfatiza que objeto del dolo es también la norma de conducta y no únicamente las circunstancias fácticas que conforman su comportamiento y sus posibles

¹¹¹ Véase JAKOBS, *supra* nota 23, 9/2, p. 316. Ya vimos, asimismo, que también PAWLIK deja en claro que dolo e imprudencia son formas de evitabilidad: véase nuevamente PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 363 s., 367 ss.; así también PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 666 ss.

¹¹² Un criterio para fundar esta distinción es precisamente lo que se echa de menos en el contexto angloamericano cuando, en la discusión sobre el merecimiento de pena de los casos de *willful ignorance*, PARA SOFISTICAR LA TESIS DE LA EQUIVALENCIA DE LA CULPABILIDAD CON LOS CASOS DE *knowledge*, SARCH, p. ej., exige la violación de un “deber de investigación razonable” (que no es otra cosa que un deber de conocer), pero no ofrece una explicación suficientemente fina para justificar por qué violar ese deber implica a veces dolo y a veces imprudencia (véase SARCH, *supra* nota 7, pp. 1079 ss.; ya LUBAN advertía sobre este problema: véase LUBAN, *supra* nota 11, pp. 959 ss.). De hecho, este deber equivale al que, en nuestro contexto, identifica al que se vulnera en los casos de *imprudencia* por asunción. Desde luego que su infracción podría fundamentar una imputación por dolo, pero como eso no es lo más corriente hay que ofrecer un criterio que, como dije, permita establecer la distinción.

¹¹³ Véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 130 ss., 745 ss.

consecuencias, igualmente fácticas.¹¹⁴ Por eso adopta la idea central de lo que se conoce como “*dolus malus*”,¹¹⁵ lo cual es consistente, a su vez, con su oposición a diferenciar fuertemente entre ilícito y culpabilidad. Ya adelanté que no comparto este punto de vista. Una refutación cuidadosa, sin embargo, requeriría un trabajo independiente. No obstante, en este lugar me permito avanzar con la siguiente reflexión.

Hay, creo, buenas razones para defender lo esencial de la teoría del delito dominante. Y no únicamente por su “función didáctica”,¹¹⁶ que realmente facilita el trabajo del operador jurídico. Esa estratificación, a mi modo de ver, se justifica también por razones materiales de peso. Básicamente, por el hecho de que no solo la violación culpable del derecho penal tiene un impacto moral relevante (en Alemania tal vez sea más familiar hablar de un impacto “ético-social”). En efecto, quien realiza una conducta típica sabiéndolo, pero sin saber que eso está prohibido y sin que le sea reprochable ese desconocimiento, hace algo que *tiene* impacto moral, aunque por supuesto que no tanto como lo tendría si además supiera de esa prohibición.

Eso no es moralmente indiferente ni para quien obra de esta manera, ni para la víctima, ni para el resto de la comunidad.¹¹⁷ En general, sobre todo si se trata de casos graves, unos y otros sentirán, seguramente, algún tipo de mortificación, aunque se disculparán —y disculparán— con resignación (y hasta con resignada *indignación*). Es simplemente falso que, socialmente, solo interese la vulneración *culpable* de normas penales.¹¹⁸ Puede haber actitudes reactivas,¹¹⁹ y justificadas, contra quien, *siendo capaz de culpabilidad*, obra ilícitamente pero sin culpabilidad. Precisamente porque si es capaz de culpabilidad no es “naturaleza”,¹²⁰ aunque haya desconocido, incluso inevitablemente, la prohibición. En suma: no es moralmente neutro realizar una conducta típica, aunque esté justificada o su autor no sea culpable.¹²¹ La distinción tradicional entre ilícito y culpabilidad (e incluso la

¹¹⁴ Véase PAWLIK, *supra* nota 6, p. 409.

¹¹⁵ Véase PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 397 ss., 404 ss.

¹¹⁶ Así PAWLIK, *supra* nota 6, p. 205, aunque allí en referencia específica a la distinción entre tipicidad y antijuridicidad.

¹¹⁷ Así también GARDNER, “En defensa de las defensas”, (trad. María Laura MANRIQUE), en GARDNER, *Ofensas y defensas*, Madrid y otras, Marcial Pons, 2012, pp. 99 ss. (103 s.).

¹¹⁸ Que es, sin embargo, lo que sostiene JAKOBS, *supra* nota 34, p. 24; implícitamente también PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 276 ss., 280 s.

¹¹⁹ Fundamental, al respecto, STRAWSON, “Freedom and Resentment”, en ÍDEM, *Freedom and Resentment and other Essays*, Nueva York y otras, Routledge, 1974, pp. 1 ss.

¹²⁰ Véase nuevamente JAKOBS, *supra* nota 34, p. 24.

¹²¹ Véase GARDNER, *supra* nota 117, pp. 99 ss.

distinción entre tipicidad y antijuridicidad) captura mejor estos rasgos característicos de la infracción penal.¹²²

De todas formas, cabe preguntarse por qué no sería mejor adoptar un concepto de *dolus malus* incluso en el marco de una teoría del delito que distinga entre ilícito y culpabilidad, si en definitiva es cierto que, como dice PAWLIK, solo se debe evitar lo que se sabe que está prohibido.¹²³ El problema de este argumento reside en que, para fijar el objeto del dolo, se centra en lo que le sucede al agente. Sin embargo, las normas que, en cada caso, determinan si la responsabilidad penal debe ser atribuida por dolo o por imprudencia, son normas de imputación y, por tanto, están dirigidas al juez, no al agente.¹²⁴ Para decirlo con un ejemplo simple, al agente se dirige la norma de comportamiento “no matar”; pero si una muerte concreta ha sido causada con dolo o con imprudencia, y por tanto qué debe haber sido conocido o desconocido (es decir: el objeto de ambas formas de imputación) para que corresponda una u otra atribución de responsabilidad, es algo que decide el derecho (el juez, en definitiva).¹²⁵

De hecho, si es viable, para distinguir entre dolo e imprudencia, partir del parámetro objetivo del ciudadano medio (como lo hacemos PAWLIK y yo), es precisamente porque quien decide al respecto es el juez. El objeto del dolo, entonces, tiene que ser fijado desde el punto de vista del derecho, no del agente. Se advierte aquí, pues, otra tensión seria en el sistema de PAWLIK. Porque acepta en lo esencial la distinción entre normas de comportamiento y normas de imputación¹²⁶ y con base en eso adopta, correctamente, el punto de vista del juez (o el del derecho) para determinar si corresponde una imputación dolosa; pero, incorrectamente, asume el punto de vista del agente para fijar el objeto del dolo.

¹²² En el ámbito anglosajón, lo tradicional es la “tesis de la clausura”, equivalente a la que defienden PAWLIK, JAKOBS y pocos más en el plano continental; GARDNER, en tanto, se opone a esa tesis desde un lugar equivalente al tradicional y ampliamente dominante en Alemania (véase GARDNER, *supra* nota 117, pp. 99 ss.). Concluye así: “Es importante distinguir entre acciones que no son incorrectas de ningún modo y acciones que son incorrectas pero están justificadas; entre acciones que son incorrectas pero justificadas y aquellas que son incorrectas y no están justificadas pero están excusadas...” (*ibid.*, p. 110; “excusadas” equivale a “inculpables” en nuestra tradición).

¹²³ Así PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 375 ss., 397 ss.

¹²⁴ Según el modelo hartiano son, por tanto, normas (o mejor: reglas) secundarias de adjudicación. Véase HART, *El concepto de derecho*, (trad. Genaro CARRIÓ), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007, pp. 49 ss., 99 ss.

¹²⁵ Fundamental para esta distinción KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, Fráncfort del Meno, Klostermann, 1989, pp. 29 ss.; véase también MAÑALICH R., “Norma e imputación como categorías del hecho punible”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 12, 2010, pp. 169 ss. (pp. 174 ss.). De que esta distinción analítica sea correcta no se sigue, sin embargo, que también lo sea la teoría de las normas de la que estos autores la derivan. Al respecto habría mucho, todavía, para discutir.

¹²⁶ Véase PAWLIK, *supra* nota 6, p. 255.

Es el juez quien, una vez que *ex post* ha asumido que el agente debía evitar (porque así lo establece una prohibición jurídico-penal), determina si hay dolo o imprudencia únicamente en función de cuán difícil era para aquel, *ex ante*, evitar lo que hizo, y por supuesto desde el punto de vista objetivo del ciudadano medio. Pues bien, para *ese* análisis —que insisto: es efectuado por el juez— el conocimiento de la prohibición que tuvo o no tuvo el agente no juega ningún papel. Esto, en todo caso, contribuirá a determinar cuán sencillo era para él mantenerse fiel al derecho, algo muy diferente y que, por tanto, es correcto que, analíticamente, sea examinado en *otro* paso argumental.

Es claro, entonces, que quien decida adoptar un concepto de dolo ampliado como el que PAWLIK y yo, cada uno con sus matices, defendemos, no está comprometido con asumir un concepto de *dolus malus*. Sostener que sí, en un esquema como el de PAWLIK, es inconsistente. Y creer que sí, como lo cree PAWLIK, es, a mi juicio, producto de haber asumido como demasiado acotada la carga de mantenerse fiel al derecho¹²⁷ y por ello no advertir que es factible que se sigan consecuencias normativas diferenciables en función de la distinta fuerza expresiva con la que se puede ser desleal.

V. Respuestas a algunas objeciones (efectuadas o posibles)

1. La objeción de la tentativa

Algunos autores han sostenido o bien la inviabilidad conceptual (así, GRECO), o bien la incorrección axiológica (así, SANCINETTI) de un concepto de dolo como el propuesto aquí, objetando que, si a los casos de ceguera fáctica puede considerárselos dolosos, entonces debería ser punible también su tentativa y eso sería problemático. Según la objeción conceptual, el problema radicaría en que, en tales casos, la tentativa sería imposible de determinar, porque, si falta el conocimiento del autor, entonces no puede ser identificado su plan y, por tanto, tampoco el objeto de la tentativa ni su comienzo de ejecución.¹²⁸ Por su parte, según la objeción axiológica, sería

¹²⁷ Así GARDNER, *supra* nota 117, p. 102. En su opinión, no conceder relevancia a la distinción que en el ámbito continental se establece entre tipicidad y justificación (y que en el anglosajón se corresponde con la distinción entre ilicitud y justificación) surge “del hecho de que están empobrecidos sus enfoques de lo que cuenta como *significativo*, moral y jurídicamente, en el derecho penal” (bastardilla en el original).

¹²⁸ Así GRECO, *supra* nota 70, pp. 74 ss.

sobreinclusivo imputar tentativa si se obrase con ceguera fáctica pero “sin que objetivamente ‘pasara nada’”.¹²⁹

A primera vista, ambas objeciones parecen convincentes: ¿tentativa *de qué* si el autor no supo ni quiso? (objeción conceptual). Y además: ¿cómo imputar tan siquiera *algo* frente a casos en los que el autor “no sabe”, “no quiere” y ni siquiera “pasa nada”? (objeción axiológica). A mi juicio, sin embargo, es sencillo refutarlas. Creo, en efecto, que es tan concebible como merecido que un supuesto de ceguera fáctica sea imputado como tentativa dolosa si no se produce el resultado y que estas objeciones, por tanto, no representan un desafío serio contra dicha conclusión. Y ello es así —me parece— porque los casos que se eligen para sustentarlas están presentados de manera inadecuada.

Comenzaré con la objeción axiológica. Para fundamentarla se ha acudido al siguiente ejemplo de JAKOBS: un guardia de un campo de concentración, ante la caída de una fuente sobre los prisioneros que la construían, nada hace para salvarlos porque ni lo piensa (y por eso algunos mueren) y solo vocifera amenazas por un supuesto sabotaje. Frente a esto, se ha sostenido que, si correspondiese imputar homicidio doloso consumado por omisión al guardia “ciego ante los hechos”, entonces “habría que considerar por dada la tentativa de homicidio por omisión, *aunque ningún prisionero hubiese caído bajo la fuente*”.¹³⁰

La misma objeción puede ser ilustrada a partir de casos más corrientes, como los de conductores extremadamente temerarios.¹³¹ Para tales supuestos, la objeción rezaría así: de acuerdo con mi concepción, si una persona conduce un automóvil a 150 km/h en una avenida de ciudad y mata a alguien sin haberse representado ese resultado como posible, correspondería imputarle homicidio doloso; pero si no pasa nada ¿correspondería castigarlo por tentativa de homicidio? Parecería absurdo, en efecto, siquiera imputar algo a quien, para decirlo de un modo gráfico, nada quiso, nada se representó y nada causó.

El problema, como dije, es que tanto la presentación de este caso como la del ejemplo de la fuente son deficientes, porque no aclaran qué significa “no pasa nada”. Puede significar, p. ej.: “en la avenida no había nadie, así que el vehículo pasó a toda velocidad sin generar ningún peligro concreto contra la vida de ninguna persona”; o puede significar: “no se produjo el resultado, pero

¹²⁹ SANCINETTI, *supra* nota 19, p. 242.

¹³⁰ SANCINETTI, *supra* nota 19, p. 242, cursiva en el original.

¹³¹ Véase *supra* nota 5.

de milagro, porque un peatón, a punto de ser arrollado, saltó a tiempo hacia atrás y logró esquivar por centímetros al automóvil”. En el primer supuesto (ausencia de peligro concreto), es obvio que no corresponde una imputación por tentativa de homicidio. Pero, a mi juicio, en el segundo supuesto (presencia de peligro concreto) es claro que sí y que se trataría, a su vez, de una imputación merecida.

También está mal planteado, aunque por otra razón, el ejemplo de la fuente. Porque como erróneamente se centra en lo que hace el guardia con los prisioneros ya aplastados por los escombros, no especifica lo que en verdad interesaría para que el caso sí represente un desafío a la concepción que defiende, que es lo relacionado con las condiciones de seguridad en las que los prisioneros fueron obligados a trabajar. Si tales condiciones no hubieran sido subóptimas y la fuente, al caer, no hubiese rozado a ningún prisionero, no habría nada obvio para “ver” (es decir, ni siquiera habría ceguera fáctica). Supóngase, en cambio, que el guardia manda a construir la fuente de un modo tan peligroso para los prisioneros que debería representarse que alguno se caerá y que, como mínimo, se lesionará, o incluso morirá; pero el guardia no se representa nada de esto, porque es un nazi repugnante. Sin embargo, los prisioneros terminan de construir la fuente y a ninguno le pasa nada: ¿tentativa dolosa?

Antes de responder es necesario agregar más precisiones respecto de las condiciones de seguridad en las que los prisioneros fueron obligados a trabajar. Porque en situaciones como estas es muy probable que se esté frente a lo que HERZBERG consideraría casos de “peligro cubierto o asegurado”.¹³² Allí, entonces, la cuestión del dolo ni siquiera se plantearía, porque esa clase de peligro, en terminología de PUPPE, no sería un “peligro de dolo”. Pues bien, en tales supuestos, no representarse la posibilidad de un resultado lesivo no implicaría, por tanto, ceguera ante los hechos, porque dicha posibilidad no sería completamente obvia (es decir, habría a lo sumo una tentativa imprudente).

Distintas serían las cosas, en cambio, si la orden fuese lo suficientemente descabellada como para que el peligro, siempre según la muy útil distinción de HERZBERG, pudiera ser tenido como “descubierto o no asegurado” incluso respecto de la vida de estas personas. En tal caso, entonces, por tratarse de un genuino “peligro de dolo”, sí habría que afirmar tentativa de homicidio si, sin que

¹³² Véase HERZBERG, *supra* nota 109, pp. 249 ss. (pp. 254 ss.). Una explicación detallada de la tesis de HERZBERG y de los casos de “peligro cubierto o asegurado” y de peligro “descubierto o no asegurado” ofrezco en PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, pp. 446 ss.

el guardia se represente la posibilidad de que algún prisionero muera, milagrosamente a ninguno le pasara nada. Pero esto no merecería ninguna objeción axiológica.

Al contrario, si se genera un auténtico peligro de dolo, el agente *merecerá* ser hecho responsable como autor de una tentativa si el resultado no se produce. ¿Por qué no imputarles a los *rugbiers* tentativa de homicidio doloso, en lugar de solo la consumación de lesiones corporales dolosas, si en un caso así, de milagro, no causan la muerte de la víctima? ¿O por qué no imputar tentativa de homicidio al hijo que quiere salvar a su madre del usurero si —todo lo demás igual— contra todo lo esperable su plan tiene éxito y la muerte, por azar, no se produce?¹³³ Ellos han hecho todo lo necesario para que ese resultado se produzca, como en cualquier tentativa.

Es verdad que en casos como este último la afirmación de una tentativa de homicidio, aunque sea merecida, puede resultar un tanto excesiva desde un punto de vista “político-criminal”. ¿Para qué castigar penalmente con esa severidad a ese pobre hombre si incluso acabó salvando a su madre del usurero, aun a costa de ponerla en semejante peligro? Pero para lidiar con estas situaciones puntuales hay disponibles otras soluciones, incluso procesales, como la que autoriza al acusador público a dejar de perseguir penalmente a un imputado por aplicación de un criterio de oportunidad si, en el caso, este ha sufrido una grave *poena naturalis*.¹³⁴

En rigor, frente a casos como el de la fuente, modificado del modo en que lo hice aquí, el verdadero problema es el ya anunciado más arriba: ¿tentativa *de qué* cabría afirmar allí? ¿De lesiones o de homicidio? Pero este interrogante ya no forma parte de la objeción axiológica, sino que es el núcleo de la objeción conceptual, de la que paso a ocuparme ahora.

Por supuesto que, si hubiera resultados disvaliosos en este caso de la fuente, se le imputaría al guardia o bien homicidio consumado doloso o bien lesiones corporales consumadas dolosas, según cuál hubiese sido el resultado causado. Pero que no haya un resultado no impide una solución sencilla del problema, incluso si, como en este caso, fuesen similarmente probables más de una clase

¹³³ Agradezco a Leandro Dias su razonable insistencia en que adopte esta solución sin incluir ciertos matices que en algún momento consideré oportuno tener en cuenta para no alejarme tanto de mi anterior posicionamiento al respecto, un tanto contrario a aceptar la denominada “tentativa con dolo eventual” (así en PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, p. 690 s.).

¹³⁴ Véase, p. ej., el nuevo Código Procesal Penal Federal argentino, art. 31, letra c): “Los representantes del ministerio público fiscal podrán prescindir tal o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública... en los casos siguientes...: Si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena”.

de resultados. Ante una situación así, simplemente habría que imputar tentativa de lesiones corporales y de homicidio, con *dolus alternativus*.¹³⁵

Esta solución, con todo, es contingente, es decir, no significa que en *todo* caso no consumado de ceguera ante los hechos o de ignorancia deliberada corresponda imputar tentativa con *dolus alternativus*.¹³⁶ Esa será la solución si, por las características del peligro concreto creado, no fuese especialmente probable *una* clase determinada de resultado, sino más de una. Pero si el peligro concreto es tal que permite tenérselo como *ex ante* idóneo para producir una clase determinada de resultado (como ocurriría en el ejemplo de los jugadores de *rugby*: que alguien así patease una cabeza de ese modo genera *ex ante* un peligro concreto de homicidio), entonces recurrir al *dolus alternativus* no es necesario y la tentativa puede ser imputada en función del dolo básico.

Por lo demás, la vinculación entre los resultados posibles puede ser fatalmente alternativa hasta el final (es decir, incluida la consumación) si entre los resultados posibles no hay una relación *plus-minus*. Piénsese, si no, en los casos de transportes internacionales sin dudas delictivos en los que el autor no quiere saber qué lleva dentro de la valija. Si, por el contexto, hay más de una posibilidad (drogas, armas, divisas en efectivo), entonces habrá que imputar por *dolus alternativus* tanto en caso de tentativa como de consumación. Porque, aunque después de consumado el contrabando la valija fuese abierta y su contenido descubierto, lo cierto es que durante la ejecución y consumación del hecho el autor no habrá sabido qué era exactamente lo que transportaba. Y como en este caso la relación entre los distintos resultados posibles no es puramente cuantitativa o *plus-minus*, el dolo respecto de uno no implica el dolo respecto de los otros, como sí ocurre, en cambio, entre el homicidio y las lesiones.

En suma, un grado importante de indeterminación en el objeto del dolo no es un problema que se presente necesariamente en todo caso de ceguera fáctica o de ignorancia deliberada. Ello ocurrirá solo en los casos de esa clase que tengan ese nivel de indeterminación, lo cual es completamente contingente. Lo mismo sucede, después de todo, en casos dolosos en los que no hay ceguera fáctica pero sí indeterminación del objeto: solo en esos supuestos, debido a tal incertidumbre (pero también a la seguridad de que se actuó con dolo), se aplicará la figura del *dolus alternativus*.

¹³⁵ Debo a Luis Greco el haber advertido la necesidad de abordar también este problema específico y la sugerencia de esta solución. Sobre *dolus alternativus* véase, por todos, ROXIN, *supra* nota 85, § 12, n.º m. 92 ss., pp. 479 ss.

¹³⁶ De hecho, no puedo abordar aquí las muchas particularidades que presenta la relación entre los casos de ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada con lo que cabe entender por *dolus alternativus*, pues eso excedería los límites de este trabajo.

2. ¿“Normativización” de la indiferencia?

Es muy importante reconstruir adecuadamente el sentido que da PAWLIK a términos como “indiferencia” y “desconsideración”, pues una parte de mi crítica, como se vio, se ha centrado en esto. Ante todo, a mi juicio es muy claro que PAWLIK considera que indiferencia, desconsideración, etc. son *motivos moralmente reprochables* que explican por qué el agente desconoció lo que cualquiera conocería. Lo dice el propio PAWLIK: lo “decisivo es (...) *por qué* el autor acabó en esa apreciación incorrecta”.¹³⁷ Y sabemos ya que define como enemistado con el derecho a quien “por *motivos* que gravan masivamente, como indiferencia o desconsideración, no reconoce lo que es evidente para cualquier persona racional”.¹³⁸

Por otra parte, PAWLIK tiene que considerar que es por razones en primera línea *morales*, y no jurídicas, que esos motivos son reprochables o gravosos (en el sentido de que no dispensan al autor, sino que lo gravan: *belastende Gründe*). Porque lo que *determina* que “esté mal” ser indiferente o desconsiderado frente al derecho o a los derechos de otros es la moral, no el derecho y mucho menos el derecho penal. Por supuesto que luego el derecho penal puede hacer propia esa valoración moral (o “ético-social”) y confirmar dicha reprochabilidad a través de la amenaza de pena. De ese modo avala a la moral positiva y protege, más enfáticamente, los valores consagrados allí. Pero el derecho penal, como es sabido, no es constitutivo respecto de valores (ni de bienes).¹³⁹

Todo esto, de hecho, es entendido así en el texto de PAWLIK, quien, para justificar por qué no basta el mero desconocimiento craso para que haya dolo, afirma que “la estupidez y la ignorancia, tanto ética como jurídicamente, carecen de color”.¹⁴⁰ Y por eso acude a la indiferencia o a la desconsideración: precisamente porque estos sí son motivos socialmente disvaliosos y lo son porque así lo establece la moral (aquí aludida como “ética”).

No obstante, PAWLIK podría alegar que, en este contexto, se refiere a la indiferencia no como disposición interna o psicológica —es decir: no como un dato o indicador fáctico—, sino como un

¹³⁷ PAWLIK, *supra* nota 6, p. 396, bastardilla en el original.

¹³⁸ PAWLIK, *supra* nota 6, p. 406, bastardilla agregada.

¹³⁹ Por lo demás, si un valor jurídico-penalmente relevante ha sido constituido por la moral o por otros sectores del derecho sí constitutivos es una cuestión de hecho a considerar en cada caso. En *este caso*, es evidente que indiferencia, deferencia, egoísmo, altruismo, etc. no son, inicialmente, valores o disvalores jurídicos: no los consagra ni una Constitución ni un Código Civil; son virtudes o defectos morales cuyo seguimiento o inhibición, en todo caso, son reforzados por el derecho. Esta es la conclusión más obvia e intuitiva, y PAWLIK, de hecho, la ha aceptado (siquiera implícitamente) en la discusión en Barcelona (véase PAWLIK, *supra* nota 82, p. 149 s.).

¹⁴⁰ PAWLIK, *supra* nota 6, p. 396.

término que alude a un supuesto “sentido normativo”, es decir, a una suerte de “indiferencia en sentido jurídico”. Indiferencia, de tal modo, sería una especie de reproche que cabría imputarle al autor por haber sido desleal al derecho, o algo similar.¹⁴¹ JAKOBS, seguramente, adheriría a una réplica de ese estilo. Tal eventual afirmación, sin embargo, a mi juicio sería analíticamente deficiente, por dos razones.

En primer lugar, porque algo así solo sería explicable a partir de una estrategia —categorialmente inviable— que desviaría el sentido intersubjetivamente aceptado de lo que cabe entender por “indiferencia”. Lo que es fáctico no puede dejar de serlo y pasar a ser normativo *porque lo diga el derecho*. El problema central de cierto discurso jurídico-penal originado en Alemania reside, a mi modo de ver, en que se continúa creyendo que es posible “normativizar” conceptos no normativos. Esto conduce, en mi opinión, a una forma no solo incorrecta, sino también poco esforzada de describir y explicar qué ocurre, en rigor, cuando los juristas ofrecen un argumento normativo.¹⁴²

A mi modo de ver, cuando se dice que se “normativiza” un concepto no normativo lo que ocurre, en verdad, es que a un dato fáctico, como tal, en virtud de una cierta premisa normativa (que a veces se explicita —como p. ej. cuando se alude a los fines que *debe* tener la pena— y a veces no) se lo considera relevante o irrelevante para que genere, a su vez, ciertas consecuencias normativas. Así, p. ej., ni PAWLIK ni yo “normativizamos” el concepto de conocimiento (¡mucho menos normativizamos el dolo!;¹⁴³ el dolo, ya se dijo, *es* un concepto normativo). Lo que hacemos, simplemente, es negar que el dolo exija, necesariamente, conocimiento de todas las circunstancias típicas. Y afirmamos eso en función de una determinada premisa normativa —que en mi caso, además, explícito—.

La segunda razón por la que no sería correcto aludir a un supuesto sentido normativo del término “indiferencia” puede ser descripta como sigue. Si a “indiferencia” se le diera ese sentido “jurídico” (o “normativo”) para hacer referencia a lo que cabe imputar a quien no respeta el orden jurídico, ciertamente se podría explicar por qué, en un caso como el del homicidio por piedad, aunque la motivación del autor fuese altruista habría, no obstante, indiferencia: simplemente porque ese obrar sería contrario a la norma penal que prohíbe el homicidio y, en consecuencia, podría

¹⁴¹ En esa línea respondió PAWLIK a una pregunta en la discusión en Buenos Aires mencionada en el estudio preliminar de un libro que he editado sobre su obra, próximo a publicarse.

¹⁴² Sobre todo esto véase ya PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 6, p. 72 s., 495.

¹⁴³ Véase no obstante PAWLIK, *supra*, pp. 142 ss., en donde acepta esa inadecuada expresión.

decirse que al autor le es indiferente *el derecho* (o más en concreto: la prohibición de matar). Cambiaría, así, el objeto y el sentido de la indiferencia: su objeto no sería el bien de terceros, sino el cumplimiento del derecho; y en cuanto a su sentido, no sería un motivo del agente, sino un reproche a lo que hizo.

El problema, sin embargo, es que en tal caso “indiferencia” pasaría a ser un término superfluo, porque equivaldría a “posicionamiento contrario al derecho”, una expresión menos ambigua para expresar *eso*. Además, “indiferencia”, con ese significado, perdería por completo su poder explicativo para distinguir, materialmente, entre dolo e imprudencia. Porque un posicionamiento contrario al derecho puede ser la razón por la que se actúe tanto con dolo (“como el derecho no me interesa, lo vulnero a consciencia”) como con imprudencia (“como el derecho no me interesa, me descuido y lo vulnero”).

Este significado idiosincrático de indiferencia como posicionamiento contrario al derecho es incompatible, además, con el uso que, de hecho y como vimos, hace PAWLIK de ese término, al tratarlo claramente como un *motivo* que grava seriamente al autor y que *por eso* justifica una imputación más grave como la dolosa. Entendido así —como, por lo demás, lo entendería cualquier persona— el término “indiferencia” sí tiene poder explicativo para desentrañar la diferencia material entre dolo e imprudencia, aunque, por todo lo ya argumentado más arriba, se trate a mi juicio de una explicación *incorrecta*. Es, en cambio, ya hasta internamente inconsistente entender “indiferencia”, en una misma fundamentación, como motivo reprochable y, a la vez, como posicionamiento contrario al derecho.

VI. Conclusión

Comparto plenamente la idea de PAWLIK de que es posible imputar como dolosos los casos de ceguera ante los hechos. Es lo que vengo sosteniendo desde mi tesis doctoral. Y lo mismo vale para los casos de ignorancia deliberada. Este resultado, a mi juicio, es distributivamente justo: quien, con ignorancia crasa, realiza no obstante un tipo penal con dominio suficiente de su conducta y, en su caso, de sus consecuencias, merece una atribución de responsabilidad más grave, que en nuestro derecho penal es la que identificamos como “dolosa” y que se correspondería con una comprensión más amplia (que la tradicional) del dolo eventual. Podría hablarse de “dolo eventual con representación deficiente” o elegirse cualquier otra etiqueta mejor.

La solución aquí defendida permite, además, soluciones retributivamente justas. Por eso casa muy bien con una justificación de la pena que, como la que defendemos PAWLIK y yo, incluye a la

retribución y a su elemento normativo (el merecimiento) como un argumento central. Porque al ser flexibilizadas las reglas del error de tipo del mismo modo que, en Alemania, están flexibilizadas para el error de prohibición, se facilita la tarea de imponer una pena realmente adecuada a la culpabilidad. En este *resultado* esencial mi coincidencia con PAWLIK (y con JAKOBS) es total.¹⁴⁴ Por eso nuestros acuerdos son, tal vez, más importantes que nuestros desacuerdos.

Por lo demás, que esta idea sea sostenida en *Das Unrecht des Bürgers*, una de las monografías más importantes que ha brindado la doctrina jurídico-penal alemana en este siglo, contribuirá sin dudas a prestigiarla. Ahora bien, sin perjuicio de que de a poco va generando más adeptos, la conclusión que PAWLIK y yo apoyamos en materia de dolo sigue siendo muy objetable para la doctrina dominante; la carga de la prueba, por tanto, todavía está de nuestro lado y en ese sentido creo que no es tarea menor intentar dar con una fundamentación que resulte idónea para convencer a un espectro más amplio de colegas.

En esa línea, entiendo que a lo largo del trabajo ha quedado claro que, para adoptar un concepto de dolo como el que PAWLIK, JAKOBS y yo defendemos, no es necesario ni abandonar la teoría del delito tradicional ni aceptar los presupuestos teóricos de los que parten ambos autores alemanes. Algunos de estos, como acabo de señalar, son muy plausibles y por eso los adopto; pero otros me parecen seriamente objetables. Creo haber dado buenas razones, en ese sentido, para sostener que es posible delinear un concepto de dolo que, de modo consistente, capture todas sus formas — incluido un dolo (eventual) con representación deficiente— sin dejar de lado ni la sistemática usual de la teoría del delito¹⁴⁵ ni los postulados centrales del derecho penal liberal.

Finalmente, estoy convencido de que el concepto de dolo que PAWLIK adopta, concediéndole una importancia crucial a la motivación reprochable, no es de ninguna manera necesario en el marco de su sistema, con cuyos postulados centrales, de hecho, me siento muy identificado en lo esencial: el ciudadano comprometido con un deber de cooperación, el ilícito como comunicación contraria a ese deber, la pena como comunicación retributiva contra esa falta de cooperación.

VII. Bibliografía

BACIGALUPO, Enrique, *Hacia el nuevo derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.

¹⁴⁴ Véase nuevamente JAKOBS, *supra* nota 6, pp. 584 ss.; PAWLIK, *supra* nota 6, pp. 406 ss.

¹⁴⁵ “En el marco de la teoría del delito hoy dominante también hay sitio para la racionalidad teórico-penal” (PAWLIK, *supra* nota 96, p. 36).

BRANDOM, Robert, *Articulating Reasons. An Introduction to Inferentialism*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 2000.

—, *Making it Explicit. Reasoning, Representing, and Discursive Commitment*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1994.

CÓRDOBA, Fernando, “Dolo y evitabilidad individual”, en *Pensar en Derecho*, n.º 1, 2012.

DÍEZ, José / MOULINES, Ulises, *Fundamentos de filosofía de la ciencia*, 2.ª ed., Barcelona, Ariel, 1999.

DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1977.

ENGELMANN, Woldemar, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895.

FELIP I SABORIT, David, *Error iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el artículo 14 del código penal*, Barcelona, Atelier, 2000.

FISCHER, Thomas, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 61.ª ed., München, C. H. Beck, 2014.

FRISCH, Wolfgang, *Vorsatz und Risiko*, Colonia y otras, Heymanns, 1983.

GARDNER, John, “En defensa de las defensas” (trad. María Laura MANRIQUE), en GARDNER, John, *Ofensas y defensas*, Madrid y otras, Marcial Pons, 2012.

GRECO, “Comentario al artículo de Ramón Ragués”, en *Discusiones*, n.º 13, 2013.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez* (trad. Manuel JIMÉNEZ REDONDO), Madrid, Trotta, 1998.

—, *Theorie des kommunikativen Handelns*, t. 1, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1981.

HASSEMER, Winfried, “Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch. Zu Alltagstheorien und Dispositionsbegriffen in der Strafrechtsdogmatik”, en LÜDERSEN, Klaus / SACK, Fritz (eds.), *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht*, t. I, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1980.

—, “Kennzeichen des Vorsatzes”, en DORNSEIFER, Gerhard y otros (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Colonia y otras, Heymanns, 1989.

HERZBERG, Rolf Dietrich, “Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – Ein Problem des objektiven Tatbestandes”, en *Juristische Schulung*, 1986.

—, “Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes”, en *JuS*, 1986.

HÖRNLE, Tatjana, “Plädoyer für die Aufgabe der Kategorie ‘bedingter Vorsatz’”, en *Juristenzeitung*, 2019.

HRUSCHKA, Joachim, “Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes”, en GÖSSEL, Karl / KAUFMANN, Hans, *Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag*, München, C. H. Beck, 1985.

HUSAK, Douglas / CALLENDER, Craig, “Willful Ignorance, Knowledge, and the ‘Equal Culpability’ Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality”, en *Wisconsin Law Review*, vol. 29, 1994.

JAKOBS, Günther, “Die subjektive Tatseite von Erfolgsdelikten bei Risikogewöhnung”, en FRISCH, Wolfgang / SCHMID, Werner (eds.), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag*, Colonia y otras, Heymanns, 1978.

—, “Dolus malus”, en *Indret*, 4/2009.

—, “Gleichgültigkeit als dolus indirectus”, en *ZStW*, vol. 114, 2002.

—, *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlín y otra, De Gruyter, 1991.

—, *Studien zum Fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlín, De Gruyter, 1972.

—, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Fráncfort del Meno, Klostermann, 2012.

—, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020.

KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung als Straftat*, Klostermann, Fráncfort del Meno, 1989.

—, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.^a ed., Baden-Baden, Nomos, 2013.

KMENT, Boris, “Varieties of Modality”, en ZALTA, Edward (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017, disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/modality-varieties/>, apartado 1 [enlace verificado el día 28 de febrero de 2021].

LAMONT, Julian / FAVOR, Christi, “Distributive Justice”, en ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/justice-distributive/> [enlace verificado el día 28 de febrero de 2021].

LEUSCHNER, Kurt, *Der Dolus indirectus. Sein Wesen, seine Geschichte und seine praktischen Folgerungen*, Würzburg, Triltsch, 1935.

LÖFFLER, Alexander, *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichend-historischer und dogmatischer Darstellung*, t. I, Leipzig, Hirschfeld, 1895.

LUBAN, David, “Contrived Ignorance”, en *The Georgetown Law Journal*, vol. 87, 1999.

MANRIQUE, María Laura, “Ignorancia deliberada y responsabilidad penal”, en *Isonomía*, n.º 40, 2014.

—, “Reproche al ‘dolo como reproche’”, en *Pensar en derecho*, n.º 2, 2013.

MAÑALICH R., Juan Pablo, “Norma e imputación como categorías del hecho punible”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 12, 2010.

—, “Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo”, en *Política criminal*, vol. 14, n.º 27, 2019.

MEZGER, Edmund, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlín y otra, Duncker & Humblot, 1950.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 4.^a ed., Barcelona, PPU, 1996.

MORGENSTERN, Federico, “‘Frampton’. Un caso de ignorancia deliberada”, en ZIFFER, Patricia (ed.), *Jurisprudencia de casación penal*, vol. 9, Buenos Aires, Hammurabi, 2016.

MÜLLER, Max Ludwig, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*, Tubinga, Mohr, 1912.

MYLONOPOULOS, Christos, *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, Fráncfort del Meno, Peter Lang, 1998.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo, “¿Dolo como reproche? Observaciones sobre método y axiología en la propuesta de abandono de la idea de dolo como estado mental”, en *Pensar en derecho*, n.º 2, 2013.

PAWLIK, Michael, *Ciudadanía y derecho penal* (trad. Ricardo ROBLES PLANAS y otros), Barcelona, Atelier, 2016.

—, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad* (trad. Ricardo Robles Planas y otros), Barcelona, Atelier, 2019.

—, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2012.

PERALTA, José Milton, “Tratamiento del error inexcusable: la discusión filosófica y la regulación positiva”, 2020, en prensa.

—, *Motivos reprochables*, Madrid y otras, Marcial Pons, 2012.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel “El ilícito material del delito tributario”, en ROBIGLIO, Carolina (ed.), *Institutos de derecho penal tributario*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017.

—, “Ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada. Hacia una reconstrucción inferencial del concepto de dolo”, en AMBOS, Kai y otros (eds.), *Prevención e imputación*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017.

—, “Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución”, en *InDret*, 4/2014.

—, “Prueba legítima y verdad en el proceso penal II: La dependencia epistémica de la prueba”, en *Isonomía*, n.º 52, 2020.

—, “Sorpresas y vacíos en la jurisprudencia actual de la Corte sobre derecho al honor y a la información”, en AA.VV. (sin eds.), *Estudios sobre la justicia penal. Homenaje a Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005.

—, “Vorsatz als Vorwurf”, *GA*, 2013.

—, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011.

PETTIT, Philip, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

PUPPE, Ingeborg, “Comentario a los §§ 15 y 16 StGB”, en KINDHÄUSER, Urs y otros, *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, t. I, 3.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2010.

—, “Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis”, en *ZStW*, vol. 103, 1991.

—, *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, Decker & Müller, 1992.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal”, en *Discusiones*, n.º 13, 2013.

—, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1999.

—, *La ignorancia deliberada en derecho penal*, Barcelona, Atelier, 2007.

RIZZI, Francisco, *La ignorancia deliberada en derecho penal*, Montevideo y otra, BdeF, 2020.

ROXIN, Claus, “Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr” en ROGALL, Klaus y otros (eds.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Neuwied, Luchterhand, 2004.

—, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I, Grundlagen – der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.ª ed., München, C. H. Beck, 2006 [1991].

SANCINETTI, Marcelo, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Bogotá, Temis, 1995.

SARCH, Alexander, “Willful Ignorance, Culpability, and the Criminal Law”, en *St. John’s Law Review*, vol. 88, n.º 4, 2014, pp. 1023-1101.

SEARLE, John, *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje* (trad. Luis M. VALDÉS VILLANUEVA), Barcelona, Planeta-De Agostini, 1994.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María / VARELA, Lorena, “Responsabilidades individuales en estructuras de empresa. La influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Fundamentos del derecho penal de la empresa*, Montevideo y otra, BdeF, 2013.

SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. II, 5.^a ed., Buenos Aires, TEA, 1987.

STRAWSON, Peter, “Freedom and Resentment”, en ÍDEM, *Freedom and Resentment and other Essays*, Nueva York y otras, Routledge, 1974.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, Berlín, De Gruyter, 2007.

WALTER, Tonio, “Irrtum mer auf Tatbestandsebene”, en HILGENDORF, Eric / KUDLICH, Hans / VALERIUS, Brian (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, Heidelberg, C.F. Müller, 2020.

WESSELS / BEULKE / SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, C.F. Müller, Heidelberg.

ELITISMO PENAL: ENCARCELAMIENTO MASIVO, POPULISMO Y *EXPERTISE* EN LA POLÍTICA CRIMINAL CONTEMPORÁNEA

Marcos ALDAZABAL*

Fecha de recepción: 23 de mayo de 2020

Fecha de aceptación: 4 de diciembre de 2020

Resumen

Desde 1970, las tasas de encarcelamiento de muchos países occidentales sufrieron un aumento sin precedentes. Si bien las causas de este fenómeno son todavía objeto de discusión, la visión que atribuye la expansión carcelaria al populismo penal se ha consolidado. Según esta postura, una de las causas de la hiperprisionización es una excesiva influencia democrática de la ciudadanía. Por ello, la solución radicaría en poner a la política criminal en manos de expertos aislados de presiones democráticas. Este artículo analiza críticamente estos presupuestos y da cuenta de la necesidad de buscar una explicación alternativa del encarcelamiento masivo. En primer lugar, se cuestionan los fundamentos empíricos sobre los que se apoyan aquellos que afirman que la población es punitivista. Luego, se ubica a la expansión carcelaria en un presente posdemocrático y se concibe al encarcelamiento masivo como funcional a los intereses de las élites económicas. Finalmente, se ponen en evidencia los riesgos de buscar la solución a la distopía penal contemporánea en una tecnocracia aislada de la sociedad.

Palabras clave: *encarcelamiento masivo, democracia, populismo, élites, conocimiento experto.*

Title: Penal elitism: On populism, expertise and mass incarceration

Abstract

Since the 1970's, many western countries have experienced an unprecedented rise in imprisonment

* Abogado, graduado por la Universidad de Buenos Aires; LLM, graduado por la London School of Economics and Political Sciences. Mail de contacto: maldazabal@gmail.com. Originalmente, este texto fue elaborado como Dissertation en el LLM de la London School of Economics and Political Sciences. Agradezco enormemente a Peter Ramsay, mi tutor académico, por su predisposición constante a discutir ideas, por su apoyo y por su generosa dedicación a la enseñanza del derecho penal y de la criminología. Agradezco, también, a Gonzalo García Campo y a Valeria Ruiz Pérez por las largas charlas, por las observaciones y, principalmente, por la amistad. No puedo dejar de mencionar que esta versión del texto se valió de las muy atinadas sugerencias de las personas que lo evaluaron. Finalmente, la publicación de este trabajo no habría sido posible sin el impulso, las detenidas lecturas y los agudos comentarios de Mary Beloff.

rates. Even when the identification of the causes of this phenomenon remains controversial, the view that a main driver behind the carceral state is "penal populism" has largely taken hold among the scholarship. This account proposes that crime administrations have become increasingly respondent to the people's will and that they should be returned to the hands of experts, isolated from democratic pressures. This article challenges the basis upon which the notion of penal populism rests and proposes that we need an alternative explanation for mass incarceration. First, the empirical validity of the people's alleged punitivism is questioned. Then, massive warehousing is located in a post-democratic present and characterized as functional to the interests of economic elites and in intrinsic tension with democracy. Finally, the risks of proposing technocracy as the way out of our dystopian penal present are identified.

Key words: *mass incarceration, democracy, populism, elites, expertise.*

Sumario: I. Introducción; II. Entre el miedo a la democracia y la nostalgia por la expertise perdida; III. El populismo penal bajo la lupa; IV. Elitismo penal; V. Expertise; VI. Conclusión; VII. Bibliografía.

I. Introducción

Desde 1970 hasta la actualidad, el porcentaje de presos por habitante en los Estados Unidos se ha multiplicado por diez. De este modo, la prisionización masiva se ha consolidado como la solución por excelencia para lidiar con el crimen y la marginalidad.¹ Este fenómeno, sin embargo, no es una particularidad estadounidense. Por el contrario, la población carcelaria también se ha incrementado considerablemente en diversos países occidentales. Aun cuando en el campo académico no hay consenso sobre la explicación de lo sucedido, en los últimos años se ha consolidado la visión de que el Estado carcelario es, en gran medida, producto de crecientes demandas ciudadanas de mano dura, que habrían logrado influir en el diseño de la política criminal.² De acuerdo con esta postura, las administraciones de justicia, tradicionalmente en manos de expertos, han pasado a depender de la voluntad de masas populares que claman por una justicia más severa, situación que es conceptualizada como populismo penal. Si bien quienes sostienen esta mirada difieren en la identificación de las causas de los sentimientos punitivos del público, no dudan en afirmar que dichos

¹ DZUR / LOADER / SPARKS, "Punishment and Democratic Theory: Resources for a Better Penal Politics" en DZUR / LOADER / SPARKS (eds), *Democratic Theory and Mass Incarceration*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 1-14.

² PRATT, *Penal Populism*, Londres, Routledge, 2007; LACEY, *The Prisoners' Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008; PETTIT, "Is Criminal Justice Politically Feasible?" en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5 (2), 2002, pp. 427-450.

sentimientos efectivamente existen y que han sido una pieza clave en la hipertrofia de los aparatos penales estatales. Naturalmente, este diagnóstico ha derivado en la convicción de que, para revertir el escenario actual, es imperante reconstruir un gobierno tecnocrático de la justicia criminal, garante de la racionalidad penal y protegido del fervor popular.³

En lo que sigue, analizaré críticamente, primero, la visión del populismo penal en tanto explicación del Estado carcelario y, luego, la reificación de la *expertise* como su solución. Tras exponer la debilidad de los pilares sobre los que se asienta la noción de populismo penal, argumentaré que es más plausible concebir la inflación punitiva como funcional a los intereses de las élites que como producto de la participación ciudadana. Además, sostendré que este fenómeno, lejos de ser el efecto de un exceso democrático, se halla en una tensión intrínseca con la democracia.⁴ A continuación, explicaré las falencias de abogar por el traslado del dominio de la política criminal a los expertos. Por un lado, la injerencia de la tecnocracia en el sistema penal no parece haber disminuido. Por otro lado, existen razones empíricas y normativas para priorizar la democracia a la *expertise*.

El trabajo se divide en cuatro secciones. En primer lugar, se explora la idea del populismo penal y de cómo esta lleva a la presentación de la tecnocracia como el único freno factible al giro punitivo que comenzó en la década de los setenta y se mantiene hasta hoy. En segundo lugar, se da cuenta de las flaquezas de estas concepciones. La afirmación de la existencia de un supuesto punitivismo generalizado se apoya en investigaciones de escasa calidad, llevadas a cabo en condiciones disímiles a las de una participación democrática genuina. Además, los resultados de encuestas deliberativas han mostrado que, en condiciones que replican las del debate político, los ciudadanos han llegado a soluciones más leves que los expertos. En tercer lugar, se revela la paradoja de atribuir la escalada punitiva a un exceso participativo en un Estado en el que, en los últimos años, la influencia política de las élites económicas ha sobrepasado, por mucho, a la democrática. Desde una perspectiva materialista, se explican los modos en los que la prisionización favorece la posición de grupos económicos de poder. Luego, se adopta una teoría política de la democracia y se explica por qué,

³ PETTIT, *supra* nota 2; ZIMRING / JOHNSON, “Public Opinion and the Governance of Punishment in Democratic Political Systems” en *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 605 (1), pp. 265-280.

⁴ DZUR, LOADER y SPARKS utilizan la noción de elitismo penal para referirse a la posición de quienes sostienen que la política criminal debería estar en manos de expertos. En este texto, el concepto se dirige a identificar los intereses a los que responde el encarcelamiento masivo. DZUR / LOADER / SPARKS (n.º 1) 4. En un artículo reciente, Victor SHAMMAS también utiliza el concepto “elitismo penal” para referirse a la tendencia a que las decisiones sean tomadas por tecnócratas y sacadas de la esfera democrática”, SHAMMAS, “Penal Elitism: Anatomy of a Professorial Ideology”, *Critical Criminology*, vol. 28, 2020, pp. 759-774.

al destruir la ciudadanía plena, el encarcelamiento masivo es intrínsecamente antidemocrático.⁵ En cuarto lugar, se explica que adoptar un modelo puramente tecnocrático no es la solución a los problemas actuales. Primero, porque los expertos parecen seguir en su lugar. Segundo, porque no existe ninguna garantía de que la selección de nuevos expertos responda a criterios liberales. Tercero, porque los fundamentos constitucionales de las democracias occidentales impiden sacar las políticas del control de la población.

Antes de comenzar, es necesario realizar la siguiente aclaración. La teoría del populismo penal basa sus conclusiones en el análisis de los procesos históricos vinculados al castigo que tuvieron lugar en países anglosajones con un alto grado de desarrollo económico y con democracias liberales consolidadas. En concreto, se centra en los Estados Unidos de América, el Reino Unido, Nueva Zelanda y Australia. Dado que este texto busca poner en entredicho las conclusiones a las que arriba esta literatura, se trabajará sobre los mismos casos de estudio. Demostrar que lo sucedido en esos países admite una lectura distinta a la realizada por quienes atribuyen la expansión carcelaria a excesos democráticos expone las flaquezas de sus argumentos.

Dicho esto, no se pretende la traspolación de las conclusiones alcanzadas a otros lugares, cuya situación requeriría un estudio diferenciado, que dé cuenta de sus particularidades. En este sentido, es evidente que la explicación aquí brindada no es aplicable, a modo de ejemplo, a China o a Rusia, que cuentan con una alta tasa de prisionización pero con condiciones políticas muy particulares y disímiles a las preponderantes en occidente. De todos modos, la meta no es presentar un análisis general del funcionamiento de la democracia en el nivel mundial sino, simplemente, dar cuenta de los errores en que incurren quienes achacan el giro punitivo de las últimas décadas a la voluntad popular.

II. Entre el miedo a la democracia y la nostalgia por la *expertise* perdida

En las últimas décadas, se han ensayado muchas y variadas explicaciones sobre la inflación carcelaria que atravesó a diferentes Estados occidentales. En ese marco, el término “populismo” fue adoptado por primera vez en 1995 por BOTTOMS, quien se refirió al “populismo punitivo” para describir la tendencia de los gobernantes a justificar medidas punitivas como si fueran el reflejo de demandas públicas de mano dura.⁶ Para BOTTOMS, se trataba de un proceso que operaba “desde

⁵ STREECK, *Buying Time: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*, Londres, Verso, 2014.

⁶ BOTTOMS, “The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing Reform” en CLARKSON / MORGAN (eds.), *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

arriba”, en el cual los dirigentes políticos, sin ningún sustento empírico, buscaban adscribir visiones punitivas a la población.⁷ Este desarrollo teórico sentó las bases para el surgimiento de la noción de populismo penal, que, sin embargo, describe un fenómeno muy distinto. En este, el motor detrás de un aparato penal en constante crecimiento no es la clase política, sino una ciudadanía que, por sí sola, clama, con éxito, por medidas cada vez más punitivas. La concepción más influyente y acabada del populismo penal es la elaborada por PRATT y a esta me referiré en lo que sigue.⁸

Como paso previo a adentrarse en el populismo penal, PRATT adopta una definición de populismo en general y lo conceptualiza como la representación de los sentimientos de sectores significativos de la población que se sienten abandonados por gobiernos abocados a la satisfacción de las clases privilegiadas de la sociedad.⁹ Así, el populismo tiene como enemigo al *establishment*, que abarca desde miembros del gobierno hasta grupos de élites financieras, a quienes las masas señalan como responsables de su desgracia.¹⁰ Basado en De Raadt, PRATT explica que la meta del populismo es “inyectar la voluntad del pueblo en los procesos de decisión democrática”.¹¹ De este modo, que la clase política haya abandonado sus lealtades y valores tradicionales y se muestre como representante de la voluntad popular no ha sido suficiente para la pulsión populista.¹² En efecto, esta “fuerza de los desencantados” ha comenzado a tener un impacto genuino en las decisiones públicas, ya sea a través de la creación de sus propios partidos o de la implementación de novedosos mecanismos de democracia directa.¹³

En este marco, PRATT concibe al populismo penal como el enojo de la mayoría del pueblo con una justicia criminal a la que percibe como dirigida por una élite que favorece delincuentes a la vez que relega a las víctimas y a los buenos ciudadanos.¹⁴ Esta visión se traduce en la demanda por una justicia más dura con los criminales y en la exigencia de una transferencia de poder de los jueces y tecnócratas hacia el pueblo. Para PRATT, este discurso, en el que la victimización juega un rol central, se ha materializado en una creciente ascendencia de los reclamos populares sobre el diseño de la política criminal, mientras que la autoridad y la influencia del experto se han reducido

⁷ BOTTOMS, *supra* nota 6, p. 40.

⁸ PRATT, *supra* nota 2.

⁹ PRATT, *supra* nota 2, p. 9.

¹⁰ PRATT, *supra* nota 2, p. 10.

¹¹ DE RAADT *et al.*, citado por PRATT, *supra* nota 2, p. 10, traducción propia.

¹² PRATT, *supra* nota 2, p. 10.

¹³ PRATT, *supra* nota 2, p. 10-11, traducción propia.

¹⁴ PRATT, *supra* nota 2, p. 10-11.

notoriamente.¹⁵

Una característica definitoria del populismo es que es un movimiento puramente del pueblo, de modo que tiene lugar fuera del "sistema", como una reacción hacia el *establishment*.¹⁶ Por este motivo, se ha remarcado que el populismo es pasible de adoptar formas tanto progresistas como conservadoras.¹⁷ Sin embargo, PRATT entiende que, dado que los movimientos antipunitivistas están asociados con una élite ilustrada, el populismo penal solo puede tomar una postura represiva. Así, a través de pedidos de mano dura, el discurso populista se manifiesta como expresivo y emocional, en oposición a la formalidad y racionalidad características de la tecnocracia.¹⁸

PRATT considera que el populismo ha alcanzado su objetivo de desbancar a la *expertise*, por lo que, actualmente, la política criminal responde a los sentimientos del pueblo, lo que ha llevado a la expansión descontrolada de las poblaciones carcelarias. La influencia de la ciudadanía en la administración del delito, antaño en manos de aquellos a quienes LOADER ha llamado "guardianes platónicos",¹⁹ es presentada como un elemento nuclear en las tasas de encarcelamiento sin precedentes de los Estados Unidos, el Reino Unido, Nueva Zelanda y Australia. PRATT se encarga de diferenciar nítidamente el populismo penal del populismo punitivo de BOTTOMS.²⁰ El populismo punitivo se refiere a la voluntad de los políticos de justificar sus decisiones como representativas de la voluntad popular en contextos en los que el pueblo no tiene ninguna influencia real en el diseño de políticas públicas. Este era el *modus operandi* de los gobiernos de Thatcher y Reagan, que formaban opinión pública y se presentaban como sus representantes, pero en los que el poder político permanecía, indudablemente, con el *establishment*: es decir, era ejercido "desde arriba".²¹ De modo opuesto, el populismo penal se caracteriza por una influencia genuina del pueblo, que ata a sus representantes: el poder es, entonces, ejercido "desde abajo".²² La clase política se vuelve rehén de las visiones populares de ley y orden.²³

¹⁵ PRATT, *supra* nota 2, p. 19.

¹⁶ CANOVAN, citado por PRATT, *supra* nota 2.

¹⁷ MATTHEWS, "The Myth of Punitiveness" (2005) en *Theoretical Criminology*, vol. 9 (2), 2005, pp. 175-201.

¹⁸ FREIBERG, "Affective Versus Effective Justice: Instrumentalism and Emotionalism in Criminal Justice" en *Punishment & Society*, vol. 3 (2), 2011, pp. 265-278.

¹⁹ LOADER, "Fall of the Platonic Guardian" en *The British Journal of Criminology*, vol. 46, 2006, pp. 561-586, traducción propia.

²⁰ PRATT, *supra* nota 2, p. 34.

²¹ PRATT, *supra* nota 2, pp. 32-34.

²² PRATT, *supra* nota 2, pp. 32-34.

²³ PRATT, *supra* nota 2, p. 34.

El supuesto del que parte la noción de populismo penal, esto es, que el Estado carcelario es la consecuencia de un exceso de participación ciudadana, necesariamente lleva a concluir que la solución a la prisionización masiva radicaría en devolver el diseño de la política criminal a los expertos. En relación con este punto, es notorio que aun cuando muchos teóricos divergen en la identificación de las causas de la formación de un público punitivista, hay un amplio consenso en que dicho punitivismo existe y en que tiene una injerencia desmedida en la formación de políticas públicas. Un caso ilustrativo es el de ZIMRING y JOHNSON, quienes rechazan la visión que concibe al punitivismo como un producto de la fragmentación social causada por el neoliberalismo.²⁴ Para ellos, es errado evaluar el odio de la población contra los delincuentes como propio del siglo XX tardío, ya que se trata de una constante en la historia de la humanidad, presente en períodos tanto de altas como de bajas tasas de encarcelamiento.²⁵ Así, el encarcelamiento masivo no sería consecuencia de los sentimientos populares hacia los criminales, que siempre habría sido hostil, sino del alto grado de influencia de dichos sentimientos en la política criminal contemporánea.²⁶ En otras palabras, de acuerdo con ZIMRING y JOHNSON, el Estado carcelario respondería a un exceso de democracia, entendida como participación política de las mayorías. Ante ello, la solución consistiría en “volver a instaurar el rol del profesional experto en la determinación del castigo, a modo de salvaguarda frente a una vulnerabilidad estructural frente a presiones democráticas”.²⁷

Esta línea de pensamiento también puede ser hallada en el trabajo de PETTIT. Con base en la explicación de MacDonagh acerca del crecimiento del gobierno británico en el siglo XIX, debido a la expansión de la democracia, PETTIT explica la influencia popular en la política criminal en tres pasos.²⁸ Primero, un mal es revelado al público. Luego, esta revelación lleva a la indignación masiva. Finalmente, el gobierno se ve forzado a responder a través del diseño de políticas que permitan lidiar con las causas del mal desencadenante de la situación.²⁹ Sin embargo, aun cuando las etapas sean las mismas, PETTIT nota diferencias centrales entre la dinámica expuesta por MacDonagh y las respuestas punitivas actuales. En la época victoriana, el mal era revelado por el trabajo de un investigador serio y el clamor del pueblo surgía de sentimientos humanitarios que demandaban una solución eficaz al problema. La reacción estatal, incluso cuando incluía medidas legislativas, concluía en el establecimiento de una burocracia profesional capacitada para lidiar con la situación.³⁰ En

²⁴ ZIMRING / JOHNSON, *supra* nota 3.

²⁵ ZIMRING / JOHNSON, *supra* nota 3, p. 270.

²⁶ ZIMRING / JOHNSON, *supra* nota 3.

²⁷ ZIMRING / JOHNSON, *supra* nota 3, p. 278.

²⁸ PETTIT, *supra* nota 2, pp. 429-430, traducción propia.

²⁹ PETTIT, *supra* nota 2, p. 430.

³⁰ PETTIT, *supra* nota 2, pp. 430-434.

contraste, en la sociedad actual el crimen es informado por medios masivos sensacionalistas, cuya principal preocupación consiste en obtener réditos económicos.³¹ A su vez, el enojo de la población ahora responde a razones "instintivas, básicas y vengativas".³² De este modo, al gobierno no se le exige que solucione de manera racional un problema, sino que exprese una reacción que refleje la ira del pueblo.³³ El círculo se cierra cuando esta reacción toma la forma de respuestas de mano dura frente al crimen.³⁴ Es destacable que, para PETTIT, la clase política se ve forzada a adoptar estas respuestas.³⁵

De acuerdo con PETTIT, de los tres factores que llevan al punitivismo en materia de política criminal hay dos respecto de los cuales no hay nada que hacer. Sería altamente problemático censurar a los medios de comunicación y no es posible controlar los sentimientos del pueblo.³⁶ La solución, entonces, debe residir en la creación de un cuerpo de expertos que actúe fuera del alcance de la presión popular³⁷ y provea recomendaciones a los representantes electos.³⁸ Aun cuando estas recomendaciones no tendrían fuerza normativa si no son aprobadas parlamentariamente, la idea medular es la misma que en ZIMRING y JOHNSON: aislar la toma de decisiones de la voluntad popular, que, si ejerce una influencia desmedida, puede llevar a la tiranía.

Hasta aquí, he dado cuenta de los dos puntos centrales que caracterizan a la literatura sobre el populismo penal. El primero es el señalamiento de un exceso democrático, entendido como una desmedida influencia popular, como el causante del encarcelamiento masivo. El segundo es la convicción de que para superar el Estado carcelario, la política criminal debe volver a las manos de los expertos. En lo que sigue, criticaré ambas concepciones y expondré las razones para poner el foco en la responsabilidad de las élites, y no del pueblo, en el aumento de las tasas de encarcelamiento.

III. El populismo penal bajo la lupa

El argumento relativo a que la política criminal es influenciada por los sentimientos de la población muestra sus primeras flaquezas cuando se repara en los métodos que se utilizan para medir

³¹ PETTIT, *supra* nota 2, pp. 433-434.

³² PETTIT, *supra* nota 2, p. 434, traducción propia.

³³ PETTIT, *supra* nota 2, pp. 434-435.

³⁴ PETTIT, *supra* nota 2, p. 435.

³⁵ PETTIT, *supra* nota 2, p. 435.

³⁶ PETTIT, *supra* nota 2, p. 441.

³⁷ PETTIT, *supra* nota 2, p. 441.

³⁸ PETTIT, *supra* nota 2, p. 442.

el alegado punitivismo popular. Tal como explica TURNER, las encuestas de opinión pública sobre cuestiones vinculadas al delito muestran, usualmente, cuatro características: se basan en la suma de visiones individuales; hacen preguntas generales y no específicas; conciben al público como la suma de individuos atomizados cuyas posturas son independientes de las de los demás; y las preguntas son realizadas de modo que los encuestados solo pueden responder de forma pasiva y nunca de modo interactivo.³⁹ En suma, las encuestas consisten en elegir una opción en una alternativa binaria entre dicotomías tales como “penas altas” o “penas bajas”. El problema reside en que esta clase de expresión, que no se da en el calor del debate popular, sino en el frío de encuestas individuales, es muy distinta de aquella que tiene lugar en el proceso de diseño de políticas públicas. En efecto, este último involucra interiorizarse en la situación que debe ser regulada, recolectar información, analizar aspectos empíricos y normativos y evaluar los costos sociales, culturales y económicos de la medida a tomar.⁴⁰ En consecuencia, de ningún modo puede sostenerse que los resultados de encuestas de opinión pública son suficientes para afirmar la existencia de una ciudadanía punitiva que determina la política criminal.

A esto se suma que, en encuestas llevadas a cabo de modo más ambicioso, los participantes mostraron enfoques diferentes de los que surgen de las encuestas tradicionales. En efecto, resultados de numerosas investigaciones han expuesto que las personas que toman parte activa en procesos deliberativos llegan a visiones moderadas y no severas, a la hora de pensar formas en las que responder al crimen.⁴¹ Esta evidencia ha surgido tanto en el ámbito micro, de encuestas deliberativas, como en el macro, del análisis de diseño de políticas públicas en diferentes estados estadounidenses.⁴² En el mismo sentido, cuando cuentan con información completa sobre los casos, las personas tienden a evaluar de modo más favorable la tarea de los jueces que cuando todo lo que saben proviene de los medios de comunicación.⁴³

Un caso ilustrativo de este fenómeno tuvo lugar en Manchester, en 1994. En esa ocasión, un programa de televisión se propuso estudiar las diferencias en las respuestas de las personas ante encuestas tradicionales y encuestas producto de procesos deliberativos, que buscan analizar cuál

³⁹ TURNER, “Mass Incarceration and Public Opinion on Crime and Justice: From Democratic Theory to Method and Reality” en DZUR / LOADER / SPARKS (eds.), *Democratic Theory and Mass Incarceration*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 213-231.

⁴⁰ Este proceso abarca lo que GREEN, con base en el trabajo de YANKELOVICH, llama “*public judgment*”. GREEN, “Public Opinion Versus Public Judgment About Crime” en *The British Journal of Criminology*, vol. 46 (1), 2006, pp. 131-154.

⁴¹ TURNER, *supra* nota 39, p. 221.

⁴² TURNER, *supra* nota 39, p. 221.

⁴³ TURNER, *supra* nota 39, p. 217.

sería la respuesta de la ciudadanía ante una cuestión determinada si contara con información de calidad y ámbitos propicios para discutir el tema.⁴⁴ En concreto, la metodología del programa consistió en seleccionar una muestra de ciudadanos con edad de votar y realizar una serie de preguntas relacionadas con sus percepciones sobre el delito y las formas de combatirlo. Luego, para que pudieran introducirse en la temática y pensarla con más detenimiento, se les envió bibliografía accesible. A continuación, se los trasladó a un mismo lugar, en el que tuvieron la posibilidad de discutir entre ellos en grupos pequeños y de realizar preguntas a académicos y políticos expertos.

Tras varios días de estadía, se les pidió a los participantes que respondiesen las mismas preguntas. Los resultados dieron cuenta de cinco cambios significativos respecto de sus posturas originales. En primer lugar, las personas mostraron una mayor conciencia de los límites de la prisión como herramienta de combate contra el crimen. En segundo lugar, reflejaron una mayor tendencia a considerar importantes los derechos procesales de los defendidos. En tercer lugar, expresaron un mayor escepticismo respecto de los beneficios del incremento de las fuerzas policiales y del vigilantismo social. En cuarto lugar, los participantes se inclinaron por poner el foco en las causas sociales de la criminalidad y priorizaron medidas tales como revertir la poca presencia familiar en la vida de los jóvenes. En quinto lugar, consideraron importante atacar las causas económicas del delito, especialmente la pobreza y el desempleo. Todas estas tendencias supusieron un cambio en las percepciones iniciales de los encuestados.⁴⁵

Lo que surge de esta clase de estudios puede leerse de modo complementario con lo que BOURDIEU llama "la pretensión pequeño burguesa". Este concepto alude a la creencia de que la gente tiene una opinión sobre todo tipo de cuestiones, de lo que se deriva que la sumatoria de opiniones individuales da lugar a la opinión pública.⁴⁶ Bourdieu notó que, frecuentemente, antes de ser encuestadas, las personas no tienen ninguna opinión sobre el punto investigado, por lo cual los resultados carecen de valor científico.⁴⁷ En la era de las encuestas masivas, la población desarrolla "un conjunto de disposiciones compatibles con los modos dominantes de concepción de la opinión pública".⁴⁸ Lo que esto refleja es la posibilidad de que gran parte de la opinión pública que se usa como prueba del influjo de la voluntad popular en el punitivismo actual ni siquiera exista por fuera

⁴⁴ LUSKIN / FISHKIN / JOWEL, "Considered Opinions: Deliberative Polling in Britain", en *British Journal of Political Science*, Cambridge University Press, vol. 32, 2002, pp. 455-487.

⁴⁵ LUSKIN / FISHKIN / JOWEL, *supra* nota 44, pp. 467-470.

⁴⁶ BOURDIEU en TURNER, *supra* nota 39, p. 224, traducción propia.

⁴⁷ BOURDIEU en TURNER, *supra* nota 39, pp. 223-224.

⁴⁸ BOURDIEU en TURNER, *supra* nota 39, pp. 224-227, traducción propia.

de la producción de las encuestas y sea el producto de la obligación de tener que responder “algo”.

En suma, cuando se pone la lupa sobre el modo en que usualmente se realizan las encuestas de opinión pública sobre política criminal y se cuestiona su valor científico, los cimientos sobre los que se construye la idea de populismo penal se resquebrajan. Para empezar, el supuesto punitivismo popular surge de datos recabados en contextos y formas muy distintos de aquellos propios de los procesos democráticos de adopción de políticas públicas. Además, las personas suelen contar con poca información sobre el tema y, en muchos casos, sus respuestas son producto de ciertas disposiciones vinculadas con la exigencia de tener una opinión sobre todo asunto social. Por último, la realización de encuestas deliberativas ha dado cuenta de situaciones en las que, tras interiorizarse y reflexionar, las personas se alejaron de los enfoques de mano dura que mostraron en las encuestas tradicionales y adoptaron aproximaciones más leves y con una mirada social más amplia en lo referido al castigo.

Aun así, todavía sería posible argüir que, más allá de estas críticas, el éxito electoral de líderes políticos con miradas marcadamente punitivas constituye una fuerte evidencia en respaldo de la concepción propuesta por la idea del populismo penal. Sin embargo, este razonamiento también puede ser engañoso, por los siguientes motivos. En primer lugar, en los procesos electorales hay muchas más cosas en juego que la política criminal, por lo cual no es fácil determinar cuál fue la influencia concreta que las propuestas en esa esfera, así como en cualquier otra, tuvieron en los resultados de la contienda. En segundo lugar, en muchas de las elecciones que se usan como ejemplos históricos de expresiones de populismo penal, todos los candidatos principales promovían visiones de mano dura, por lo que no existía una alternativa real entre propuestas punitivas o moderadas. A modo de ilustración, y tal como reconoce el propio PRATT, la adopción por parte de Clinton y Blair de las políticas conocidas como “*tough on crime*”, que llevaron a un alza vertiginosa de las tasas de encarcelamiento en los Estados Unidos y en el Reino Unido, mostró que los partidos tradicionalmente progresistas habían comenzado a imitar las posturas de sus rivales conservadores en lo atinente a la política criminal.⁴⁹ El punto es que en un contexto en el que existe una sola opción difícilmente pueda afirmarse que el voto popular refleja la posición pública. En tercer lugar, esto es producto de un periodo histórico en el que los candidatos de los principales partidos ya no surgen de entre sus activistas o militantes, sino que, usualmente, son miembros de élites económicas que construyen la opinión pública a través de distintos métodos.⁵⁰ Esta situación lleva a una creciente

⁴⁹ PRATT, *supra* nota 2, p. 24.

⁵⁰ CROUCH, *Coping with Post-Democracy*, Londres, Fabian Society, 2000, pp. 12-15.

similitud entre las propuestas de las distintas plataformas electorales, que se vuelven cada vez más “sosas e insípidas”,⁵¹ lo que, a su vez, lleva a mínimos históricos en la identificación popular con los partidos políticos.⁵² Por todas estas razones, los resultados electorales no pueden considerarse como una prueba concluyente de una influencia popular directa en el diseño de la política criminal.

IV. Elitismo penal

Hasta aquí, se han expuesto las falencias de la atribución del giro punitivo de las últimas cuatro décadas a una desmedida influencia de la democracia en las decisiones de política criminal. Esta sección propone dar un paso más y dar cuenta de que la inflación de las tasas carcelarias en los países a los que hacen referencia los cultores del populismo penal puede entenderse como producto del fenómeno inverso: la retracción del poder de la ciudadanía y el aumento del de las élites.

Para empezar, resulta paradójico atribuir la responsabilidad por el aumento de las tasas carcelarias a un exceso de participación ciudadana, cuando el período tratado se caracterizó por una tendencia diametralmente inversa. Es que si algo signó, durante las últimas cinco décadas, a los países sobre los que trabajan los promotores de la teoría del populismo penal, fue la disminución de la injerencia de la voluntad popular en los asuntos de gobierno. El reverso fue el aumento del poder de las élites económicas.

Para explicar este proceso, me apoyaré en el trabajo de STREEK, que estudia la relación entre el capitalismo y la democracia desde la segunda posguerra hasta la actualidad.⁵³ Luego de la Gran Depresión y de las dos Guerras Mundiales, el capitalismo liberal fue señalado como uno de los grandes responsables de las catástrofes humanas y económicas en que se había sumido el mundo.⁵⁴ Ante esta situación, y para sobrevivir, el capitalismo se embarcó en una cruzada destinada a recuperar la legitimidad perdida.⁵⁵ Así, se vio obligado al abandono de sus políticas de *laissez faire*. La edificación del Estado de bienestar supuso la primacía de la política sobre la economía y el sustento de la igualdad formal entre los ciudadanos con una base material, sustantiva.⁵⁶ Por primera vez, el mercado pareció estar sujeto al control democrático.

⁵¹ CROUCH, *supra* nota 50, p. 14, traducción propia.

⁵² PUTNAM, *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*, Nueva York, Simon & Schuster, 2000, cap. 2.

⁵³ STREECK, *supra* nota 5, p. 1.

⁵⁴ STREECK, *supra* nota 5, p. 1.

⁵⁵ STREECK, *supra* nota 5, p. 24.

⁵⁶ STREECK, *supra* nota 5, p. 13.

Paulatinamente, la mejora de las condiciones sociales y la subordinación del capital al Estado fueron asumidas como propias del funcionamiento natural de la sociedad. Sin embargo, a partir de 1968, este orden comenzó a resquebrajarse y quedó claro que la sujeción del capitalismo a la democracia no era más que una ilusión.⁵⁷ Cuando las demandas de la clase trabajadora, envalentonada por una igualdad en ascenso, se volvieron de una intensidad tal que comenzaron a amenazar con afectar el margen de ganancias que los dueños del capital consideraban mínimamente aceptable, la tensión intrínseca entre la democracia y el capitalismo salió a la superficie.⁵⁸ Los años dorados que siguieron a 1945 se revelaron como un pacto estratégico entre la política y el mercado en un momento en el cual el capitalismo tenía que evitar su propia caída. Al recuperar la legitimidad perdida, las élites económicas decidieron abandonarlo.⁵⁹ La agencia del capital surgió con nitidez.

Para STREECK, tanto el divorcio entre el capital y la democracia en la década de los setenta, como la tensión entre estos que marcó las siguientes cuatro décadas, mostraron que es un error pensar al Estado como abocado, únicamente, a responder a la ciudadanía.⁶⁰ Es que el Estado debe legitimarse no solo ante la población, sino también ante el capital, concebido como un actor social, representado por sus élites.^{61,62} En terminología marxista, el Estado debe responder tanto a los asalariados como a los dueños de los medios de producción.⁶³ Los intereses de estos grupos están necesariamente en tensión.⁶⁴ Si la clase trabajadora reclama mayores salarios y beneficios sociales, los ingresos del capital descenden y al revés.⁶⁵ En este marco, la democracia, vía por excelencia de canalización de las demandas populares, necesariamente aparece como contracara de los intereses del capital.⁶⁶ Es que las élites capitalistas, lógicamente, exigirán flexibilidad laboral y la reducción de derechos sociales y económicos.⁶⁷

Lo acontecido a partir de la década de los años setenta probó la indudable superioridad de la

⁵⁷ STREECK, *supra* nota 5, p. 19.

⁵⁸ STREECK, *supra* nota 5, p. 1.

⁵⁹ STREECK, *supra* nota 5, p. 1.

⁶⁰ STREECK, *supra* nota 5, pp. 20-21.

⁶¹ STREECK, *supra* nota 5, p. 21.

⁶² STREECK utiliza el término *Marktvolk* —la gente del mercado— para referirse a las élites capitalistas contemporáneas. Este término, sin embargo, responde solo a la etapa del capitalismo que él define como de “financiarización”. En este texto se alude alternativamente tanto a “élites del mercado” como a “élites capitalistas” para identificar a los grupos de interés a los que el Estado debe responder para legitimarse y sobrevivir. STREECK, *supra* nota 5, p. 80-81.

⁶³ STREECK, *supra* nota 5, p. 21.

⁶⁴ STREECK, *supra* nota 5, pp. 21-22.

⁶⁵ STREECK, *supra* nota 5, pp. 21-22.

⁶⁶ STREECK, *supra* nota 5, p. 21.

⁶⁷ STREECK, *supra* nota 5, pp. 20-26.

ascendencia del capital sobre el Estado, respecto de la ejercida por el pueblo.⁶⁸ El Estado de bienestar fue dismantelado y la brecha entre los ganadores y los perdedores del sistema, que había alcanzado mínimos históricos en el periodo de posguerra, se amplió notoriamente.⁶⁹ Desde una perspectiva estadística, esta situación se refleja en la creciente desigualdad que, desde la década de los setenta, marca a la repartición del ingreso entre distintos sectores sociales. En los Estados Unidos, el primer percentil más rico tuvo la menor participación histórica en los ingresos en 1975, el 10,9% del total. En 2007, este porcentaje se duplicó, hasta alcanzar el 19,6%.⁷⁰ Por su parte, entre 2009 y 2013, el mismo núcleo poblacional acaparó el 85,1% del crecimiento económico del país. El Reino Unido vivió un proceso similar en el mismo periodo, durante el que la participación en el ingreso del diez por ciento más favorecido aumentó notoriamente, mientras que la del diez por ciento más desfavorecido tuvo una tendencia a la baja.⁷¹ El fenómeno se replica, también, en Australia y Nueva Zelanda.⁷²

Esta situación tuvo su correlato en una consecuente erosión de la participación democrática. Ante el avance del mercado sobre las instituciones estatales, la población comenzó a percibir la insignificancia de sus reclamos⁷³ y se retrotrajo a sus ámbitos privados. Numéricamente, esto puede percibirse en el descenso de la participación electoral experimentado durante los últimos cincuenta años. La cantidad de personas en edad de voto que ejercieron su derecho en elecciones parlamentarias en los países más prósperos de Occidente se ha reducido de un 84,1% en la década de los sesenta a un 72,1% en la primera década del siglo XXI.⁷⁴ Con respecto a los países en los que suele fundarse la noción de populismo penal, es destacable que en los Estados Unidos, líder en tasas de encarcelamiento, la participación en elecciones presidenciales pasó de un 95,8% en 1964 a un 65,4% en 2016, mientras que en el nivel parlamentario bajó de un 89,7% en 1968 a un 65,4% en 2016, con un mínimo histórico de 42,5% en 2014.⁷⁵ En el Reino Unido, Nueva Zelanda y Australia, que cuentan con sistemas parlamentarios, la participación se redujo, aproximadamente, entre un

⁶⁸ STREECK, *supra* nota 5, p. 1.

⁶⁹ STREECK, *supra* nota 5, pp. 30-31.

⁷⁰ PICKETTY / SAEZ / SUCMAN, “Distributional National Accounts: Methods and Estimates for the United States”, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 133 (2), 2018, pp. 553-609.

⁷¹ FRANCIS-DEVINE, “Income Inequality in the UK”, House of Commons Library Briefing Paper, n.º 7484, 2020.

⁷² Ver, RASHBROKE (ed.), *Inequality, A New Zealand Crisis*, Bridget Williams Books, 2013 y LEIGH, *Battlers & Billionaires: The Story of Inequality in Australia*, Collinwood, Australia, 2013.

⁷³ STREECK, *supra* nota 5, pp. 1-2.

⁷⁴ STREECK, *supra* nota 5, p. 56.

⁷⁵ Voter Turnout Database, International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA), disponible en: <https://www.idea.int/data-tools/vt-advanced-search> [Enlace verificado el día 31 de julio de 2019].

10 y un 15% en las últimas cinco décadas.⁷⁶

De todos modos, el mayor impacto de la reducción de la esfera pública se manifestó en el declive del compromiso ciudadano con las cuestiones públicas.⁷⁷ Con el foco principalmente en los Estados Unidos y en el Reino Unido, CROUCH ha denominado a esta situación “post-democracia”. En su obra, el autor da cuenta de un sistema en el que las instituciones democráticas formales todavía están en pie, pero en el que la prácticas democráticas sustantivas —tales como la participación del ciudadano medio, el debate público e informado y las oportunidades de la gente para influir en la política— se han resquebrajado poco a poco.⁷⁸ Lo cierto es que las estadísticas muestran un considerable descenso en la actividad comunitaria de los ciudadanos. Para citar algunos ejemplos, desde la década de 1970, en los Estados Unidos el tiempo que las personas dedican a tareas sociales es cada vez menor, al igual que la participación en política partidaria.⁷⁹ Como contracara, el consumo televisivo ha aumentado notablemente, al tiempo que la transmisión de discursos públicos ininterrumpidos pasó, de un promedio de 43,5 segundos seguidos en 1968 a nueve segundos seguidos en la década de 1990.⁸⁰ Esto llevó a William SCHEURMAN a afirmar que, en ese país, la participación política actual consiste en poco más que mirar ciertos titulares y prestar una atención difusa a alguna campaña partidaria.⁸¹

En el plano teórico, esta situación ha sido justificada en el viraje de las narrativas constitucional y social. Si antaño sus ejes eran los dictados de la voluntad popular, hoy son discursos racionalizantes que enfocan toda decisión desde perspectivas económicas.⁸² En el ámbito constitucional, este cambio se manifiesta en que el fundamento de la existencia del Estado deja de verse en el mandato ciudadano para ubicarse en la interpretación correcta de principios morales que es necesario hacer jugar del modo que produzca el resultado “más beneficioso”.⁸³ Esto provoca un traspaso de poder tanto desde los órganos representativos, principalmente el Poder Legislativo, hacia el menos representativo, el Poder Judicial, como del Estado en general hacia actores privados. Si bien

⁷⁶ Voter Turnout Database, *supra* nota 75.

⁷⁷ CROUCH, *supra* nota 50.

⁷⁸ CROUCH, *supra* nota 50, p. 2, traducción propia.

⁷⁹ SCHEURMAN, “Citizenship and Speed”, en SCHEURMAN / ROSA, (eds.), *High speed society: social acceleration, power and modernity, Pennsylvania*, The Pennsylvania State University Press, 2008, pp. 287-306.

⁸⁰ SCHEURMAN, *supra* nota 79, p. 294.

⁸¹ SCHEURMAN, *supra* nota 79, p. 294.

⁸² BROWN, *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*, Nueva York, Zone Books, 2015; SOMEK, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2014.

⁸³ Esto es especialmente notorio en la consagración del “*proportionality test*” como pauta rectora del análisis constitucional. Ver, entre otros, MOLLER, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2012.

ahondaré en este punto en la siguiente sección, la clave radica en que si la fuente de autoridad se coloca en la toma de decisiones acertadas y no en la toma de decisiones que respondan a las pretensiones del pueblo, es lógico que el poder lo ejerzan expertos y no mayorías. Tal como muestra el trabajo empírico de HIRSCHL, este relato constitucional posibilita que las disputas políticas se diriman en ámbitos mucho más favorables a los grupos de poder económico y menos accesibles a la población en general —las ya nombradas áreas judicial y privada—. ⁸⁴

Lejos de limitarse al espacio público, el mismo tipo de enfoque permea las vidas privadas. BROWN lo explica como un cambio del ciudadano como *homo politicus* al ciudadano como *homo economicus*. ⁸⁵ Para BROWN, el día a día adquiere, cada vez en mayor medida, la dinámica de la empresa. Cada paso es visto como una inversión: ir al gimnasio para lucir mejor, comer sano para estar más saludable, leer no por placer sino para formarse, asistir a universidades por su posicionamiento en *rankings* mundiales. Esta retórica implica que el rol social de muchas personas tiene como meta maximizar los beneficios propios y no los colectivos, lo que supone el desbaratamiento del *demos*. ⁸⁶

Estos procesos, permiten justificar la primacía de la influencia elitista sobre la popular mediante alusiones a la racionalidad: si lo que importa es dar respuestas correctas y maximizar beneficios, es natural que el timón quede en manos de los *mejores*, por pocos que sean, y no de los ciudadanos en general, por muchos que sean. ⁸⁷ La necesidad de esta justificación responde a que, aun en condiciones neoliberales, cuando la injerencia del poder económico alcanza su *summum*, el Estado debe legitimarse, también, frente al pueblo. ⁸⁸ La participación y el compromiso democráticos pueden estar en su ocaso, pero el Estado precisa que sus acciones sean vistas como beneficiosas para la sociedad en general o, al menos, como no perjudiciales. De lo contrario, la población podría reaccionar y retirar su apoyo. Por más que, en la práctica, los más favorecidos por las decisiones políticas sean minorías económicas, la legitimidad gubernamental continúa atada a la supuesta promoción de los intereses de todos. ⁸⁹

Antes de avanzar, es necesario remarcar que lo que aquí se busca no es atribuir este devenir a

⁸⁴ HIRSCHL, “The Judicialization of Mega Politics and the Rise of Political Courts”, en *Annual review of political science*, n.º 11, 2008, pp. 93-118.

⁸⁵ BROWN, *supra* nota 82, pp. 79-115.

⁸⁶ BROWN, *supra* nota 82.

⁸⁷ BROWN, *supra* nota 82, p. 27.

⁸⁸ STREECK, *supra* nota 5, cap. 1.

⁸⁹ STREECK, *supra* nota 5 cap. 1.

un conspirativismo oculto, pero lo cierto es que los datos explicitados, relativos a la creciente desigualdad en la repartija del ingreso y a la disminución de la participación política, sumados a las nuevas narrativas jurídicas, políticas y sociales, dan lugar a una esfera pública que beneficia a las élites capitalistas y que genera mecanismos de toma de decisiones más permeables a sus pretensiones.

En este marco general, es al menos llamativo atribuir un drástico cambio en las políticas públicas dirigidas al delito a un exceso de influencia popular. Si el Estado tiende a ser cada vez menos accesible para los ciudadanos y más accesible para las élites, y los nuevos discursos constitucionales y sociales favorecen el mandato de los expertos, resultaría paradójico que un aspecto tan central como el tratamiento de la criminalidad quedara librado a las presiones populares. Podría sostenerse, de todas formas, que el punitivismo reinante es una excepción a la posdemocracia y que se trata de una respuesta a la sociedad de riesgos creada por el neoliberalismo. Esto es lo que arguyen algunos de los teóricos del populismo penal.⁹⁰ Sin embargo, existen varios elementos para desconfiar de esta interpretación y leer los aumentos en las tasas carcelarias como consecuentes con la creciente influencia de las minorías con poder económico y como alineados con sus intereses.

Un primer indicio en este sentido surge de aplicar una perspectiva materialista del castigo al contexto punitivo neoliberal. La rivalidad entre los intereses del mercado y los democráticos alcanza su punto máximo tras la caída del Estado de bienestar. Lo mismo sucede con la prisionización. Las funciones históricamente cumplidas por el encarcelamiento en sociedades capitalistas se vuelven aún más relevantes bajo el dominio del mercado. Para abordar este punto, debemos retrotraernos al trabajo de RUSCHE y KIRCHHEIMER, que sentó las bases de las aproximaciones al castigo desde la economía política.⁹¹ Para ellos, el castigo cumple una función clave en las sociedades capitalistas al regular los excedentes en las fuerzas de trabajo.⁹² En momentos en los que la oferta laboral excede las demandas del mercado, las condiciones de trabajo tienden a la baja.⁹³ Esto deriva en un contexto de escasez y pobreza, en el que aquellos que están fuera del mercado o en posiciones económicas muy carenciadas se vuelcan al crimen a fin de buscar mejorar su situación.⁹⁴ El castigo es la forma de gobernar a este sector de la población.⁹⁵ Aun cuando este enfoque materialista no puede ser

⁹⁰ PRATT, *supra* nota 2.

⁹¹ RUSCHE / KIRCHHEIMER, *Punishment and Social Structure*, Nueva York, Columbia University Press, 1939.

⁹² RUSCHE / KIRCHHEIMER, *supra* nota 91.

⁹³ RUSCHE, "Labour Market and Penal Sanction: Thoughts on the Sociology of Criminal Justice", en *Social Justice*, vol. 40 (1-2), 2014, pp. 252-264.

⁹⁴ RUSCHE, *supra* nota 93, p. 257.

⁹⁵ RUSCHE, *supra* nota 93, p. 257.

considerado como la única explicación del castigo,⁹⁶ el giro neoliberal remarcó su vigencia e importancia. Tal como notó DI GIORGI, la correspondencia entre el surgimiento del Estado carcelario y la ruptura del modelo fordista, con la consecuente desregulación laboral, fue lo que colocó a la teoría de RUSCHE y KIRCHHEIMER, cuarenta años después de su publicación, en el centro de la escena.⁹⁷ Es que el encarcelamiento masivo emergió como una de las herramientas más eficaces a la hora de lidiar con la creciente marginalidad creada por las necesidades del mercado y volverla invisible.

Otro punto de la obra de RUSCHE y KIRCHHEIMER —resaltado también por autores contemporáneos—⁹⁸ que contribuye a percibir la funcionalidad del castigo para los intereses de las élites capitalistas es la observación del rol central del principio de menor elegibilidad en el gobierno de los sectores “excedentes” de la población. Este principio indica que si la prisionización busca cumplir funciones de disuasión, las condiciones de encierro deben ser peores que aquellas en las que vive el estrato inferior de la clase proletaria.⁹⁹ En sociedades neoliberales las condiciones de encarcelamiento deben ser especialmente bajas, ya que deben situarse por debajo de las propias del sistema de trabajo posfordista.¹⁰⁰ En un contexto en el que cada vez más comportamientos son criminalizados y el desempleo se extiende, los miembros de las clases bajas cuentan con altas posibilidades de ser encarcelados en algún momento de sus vidas. De este modo, la sombra de la prisionización genera un disciplinamiento que fuerza a los más desfavorecidos a aceptar trabajos en las condiciones más precarias, a fin de evitar la alternativa carcelaria.¹⁰¹

La presunción de que el encarcelamiento masivo cumple un rol central en lugares en los que las élites ejercen su poder sin mayores ataduras encuentra sustento en la correlación entre procesos de liberalización de la economía y aumento de tasas de prisionización. En los Estados Unidos, esta tasa pasó de 161/100.000 habitantes en 1972 a 655/100.000 habitantes en 2020, con un crecimiento de la población carcelaria de 200.000 a aproximadamente 1.400.000 personas.¹⁰² Aun cuando este es el único país occidental cuyas políticas pueden definirse, sin dudas, como de encarcelamiento

⁹⁶ GARLAND, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1993.

⁹⁷ DE GIORGI, “Punishment and Political Economy”, en SIMON / SPARKS (eds.), *The SAGE Handbook of Punishment and Society*, Los Ángeles, Sage, 2013.

⁹⁸ WACQUANT, *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*, English language ed., Durham, Duke University Press, 2009.

⁹⁹ RUSCHE, *supra* nota 93, p. 255.

¹⁰⁰ WACQUANT, *supra* nota 98, cap. 2.

¹⁰¹ WACQUANT, *supra* nota 98, cap. 2.

¹⁰² The Sentencing Project, disponible en: <https://www.sentencingproject.org/issues/incarceration/>, [Enlace verificado el día 24 de julio de 2019].

masivo, la misma tendencia se replica en el resto de los lugares a los que se pretende aplicar la teoría del populismo penal. En Nueva Zelanda, la población carcelaria pasó de 83/100.000 en 1980 a 214/100.000 en 2018;¹⁰³ en Australia, de 66/100.000 en 1980 a 172/100.000 en 2018;¹⁰⁴ y en el Reino Unido, de 87/100.000 en 1980 a 140/100.000 en 2018.¹⁰⁵ En los períodos marcados, estos países atravesaron procesos de desregulación laboral y de dismantelamiento del Estado de bienestar que desembocaron en sociedades con desigualdades económicas extremas y caracterizadas por relaciones individuales, y no colectivas, entre los ciudadanos y el Estado.¹⁰⁶ Esto es coincidente con lo revelado por estudios comparados, que muestran que los países que se embarcaron en la privatización neoliberal tienen niveles de encarcelamiento mucho más altos que aquellos con mayor presencia estatal, una distribución más equitativa del ingreso y nociones más fuertes de ciudadanía.¹⁰⁷

Este punto surge con claridad del trabajo de LACEY.¹⁰⁸ Tras un exhaustivo análisis comparativo, LACEY concluye que los Estados con economías de corte neoliberal recurren a la prisión mucho más que aquellos que se relacionan con la ciudadanía d modos más inclusivos. Así, en contraposición con los ejemplos expuestos, aparecen los casos de los países nórdicos que, aun cuando no fueron totalmente ajenos a la liberalización del último decalustro, mantienen gran parte de la estructura de sus Estados de bienestar intacta. Islandia, Noruega, Finlandia, Dinamarca y Suecia ostentan tasas de prisionización que van desde los 40 a los 80 presos cada 100.000 habitantes.¹⁰⁹ Estos porcentajes muestran un avance respecto de los de cincuenta años atrás, pero la evolución es menor y, además, no es constante a través del tiempo. Es interesante notar que LACEY no limita su análisis al factor económico, sino que incluye, también, variantes sociales, culturales e institucionales, cuyo estudio la lleva a afirmar que existe una correlación entre una mayor existencia de canales institucionales para una participación ciudadana sustantiva en los asuntos públicos y una menor tasa de encarcelamiento.¹¹⁰ Que su aproximación empírica dé cuenta de que los países con una mayor liberalización económica son los que cuentan con sistemas democráticos más empobrecidos refleja

¹⁰³ WALMSLEY, "World Prison Population List, Twelve Edition", en *Institute for Criminal Policy Research*, n.º 2, 2018, p. 15, disponible en: http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf [enlace verificado el día 31 de julio de 2019].

¹⁰⁴ WALMSLEY, *supra* nota 103.

¹⁰⁵ WALMSLEY, *supra* nota 103, p. 12.

¹⁰⁶ CAVADINO / DIGNAN, *Penal Systems: A Comparative Approach*, Londres, Sage, 2006.

¹⁰⁷ CAVADINO / DIGNAN, *supra* nota 106.

¹⁰⁸ LACEY, *The Prisoners' Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*, Cambridge University Press, 2008.

¹⁰⁹ LACEY, *supra* nota 108, pp. 138-142.

¹¹⁰ LACEY, *supra* nota 108, pp. 138-142.

la correlación expuesta más arriba entre neoliberalismo y post-democracia.

Cuando la mirada pasa del plano global al estadounidense, país con mayor tasa de criminalización en el mundo, el fenómeno se replica.¹¹¹ En este sentido, los estudios llevados a cabo por Beckett y Western también han ilustrado la existencia de una relación negativa entre la presencia de las estructuras del Estado de bienestar y las tasas de encarcelamiento.¹¹² En efecto, sus investigaciones revelan que los estados norteamericanos con las mayores tasas de encarcelamiento son aquellos que más redujeron la presencia estatal vinculada al bienestar social. Por el contrario, los estados que mantuvieron sus instituciones dirigidas al bienestar en pie cuentan con las poblaciones carcelarias más bajas del país. En promedio, la tasa de encarcelamiento de los diez estados más punitivos es tres veces mayor que la de los diez estados menos punitivos y más inclusivos.¹¹³

Desde mi perspectiva, esta relación inversa entre instituciones de bienestar y tasas de encarcelamiento puede ser leída en línea con la teoría de STREECK de la legitimación estatal. De los ejemplos de LACEY, en el nivel global, como de los de BECKETT y WESTERN, en el caso estadounidense, se desprende que aquellos Estados que tienden a adoptar enfoques inclusivos respecto de los sectores más desfavorecidos de la población, a través de la satisfacción de derechos sociales y económicos, y que cuentan con canales democráticos más consolidados, son los que menos recurren al castigo penal. Los citados casos de los países nórdicos, donde se conserva un *ethos* comunitario y la economía tiene un tinte marcadamente redistributivo, se contraponen con los de los Estados Unidos, Australia, Nueva Zelanda o el Reino Unido, en donde el aumento de la prisionización se ha dado en un contexto en el que el mercado ha conseguido una fuerte preeminencia y la participación ciudadana ha mermado.

En este sentido, puede interpretarse que, como consecuencia de las presiones para desregular el mercado y eliminar beneficios sociales, amplios sectores de la ciudadanía son arrojados a la marginalidad. Si se vuelve al principio de menor elegibilidad, se entiende que estas personas no pueden ser incluidas, ya que brindarles una alternativa a las condiciones económicas impuestas se leería como una interferencia estatal inaceptable en la lógica del mercado. El encarcelamiento masivo, en tanto cumple con lo señalado por RUSCHE y KIRCHHEIMER, emerge como una salida de

¹¹¹ WACQUANT, *supra* nota 98, p. 204.

¹¹² BECKETT / WESTERN, "Governing Social Marginality: Welfare, Incarceration, and the Transformation of State Policy", en *Punishment & Society*, vol. 3 (1), 2001, pp. 43-59.

¹¹³ BECKETT / WESTERN, *supra* nota 112, p. 48.

esta encrucijada. En primer lugar, mediante el uso extensivo de la prisionización se logra administrar gran parte de la miseria creada por el aparato neoliberal. En segundo lugar, la constante amenaza de un futuro tras las rejas lleva a personas de las clases bajas a aceptar las condiciones laborales necesarias para que las élites obtengan los márgenes de ganancia que las satisfacen. Esto nos lleva a la afirmación de WACQUANT relativa a que la tendencia de las sociedades neoliberales a controlar la marginalidad a través del encarcelamiento constituye la otra cara de la moneda del desmantelamiento del Estado de bienestar.¹¹⁴ Para él, la prisionización masiva refleja el cambio en el modo de los gobiernos de lidiar con los sectores más carenciados de la población, con el pasaje desde el “proteger a los pobres al proteger de los pobres”.¹¹⁵

Es interesante notar que las formas en las que el encarcelamiento masivo contribuye a la satisfacción de intereses económicos refuerzan un elemento central de la teoría de STREECK: es un error pensar que el neoliberalismo aboga por la extinción del Estado.¹¹⁶ El neoliberalismo necesita un Estado fuerte, pero intrínsecamente antidemocrático, dado que su función es la de “suprimir las demandas de la sociedad”¹¹⁷ que operen como interferencias en el gobierno del mercado.^{118,119} WACQUANT ahonda en esta línea al explicar que, mientras que el Estado neoliberal se caracteriza por una retórica de cero interferencia en las esferas de influencia de las élites económicas, es altamente autoritario con aquellos situados la base de la pirámide social.¹²⁰ En sus palabras:

La repentina expansión y exaltación del Estado carcelario a partir de mediados de la década del setenta no responde a una lectura cultural reaccionaria de la modernidad tardía, sino que es una respuesta de la clase dominante dirigida, por un lado, a redefinir el perímetro y las misiones del Leviatán con el fin de establecer un nuevo régimen económico, basado en la hipermovilidad del capital y en la flexibilidad laboral, y, por otro lado, a frenar el estallido social generado en los sectores más carenciados del orden urbano por las políticas públicas de desregulación financiera y de desmantelamiento del aparato de bienestar, que son los elementos nucleares del neoliberalismo.¹²¹

¹¹⁴ WACQUANT, *supra* nota 98.

¹¹⁵ WACQUANT, *supra* nota 98, p. 204.

¹¹⁶ STREECK, *supra* nota 5, pp. 55-57.

¹¹⁷ STREECK, *supra* nota 5, p. 57, traducción propia.

¹¹⁸ STREECK, *supra* nota 5, pp. 55-57.

¹¹⁹ Esto explica la razón de que, en un contexto de reducción del gasto público, haya crecido el presupuesto destinado a la seguridad. ZEDNER, “Policing Before and After the Police”, en (2006) 46 *The British Journal of Criminology*, vol. 46 (1), 2006, pp. 78-96.

¹²⁰ WACQUANT, *supra* nota 98, p. 213.

¹²¹ WACQUANT, *supra* nota 98, p. 210, traducción propia.

Llegados a este punto, es posible atacar una de las premisas básicas de la teoría del populismo penal, que ve al encarcelamiento masivo como producto de un exceso democrático, y sostener la noción contraria: que el Estado carcelario tiene un fuerte componente antidemocrático.

Para desarrollar este argumento, adoptaré una concepción política de la democracia. En nuestros sistemas constitucionales, el Estado es producto de la libre voluntad de los ciudadanos, que deciden darse un sistema de gobierno para vivir en comunidad. Así, la primacía jerárquica del pueblo sobre el Estado se deriva de que el segundo existe solo por decisión y como representante del primero.¹²² La ciudadanía, en quien reside la soberanía, autoriza al soberano a actuar. Tal como plantea Martin LOUGHLIN, esta autorización tiene lugar de modo constante y no solo en el momento originario.¹²³ El Estado solo actuará de modo legítimo mientras actúe como representante de sus representados. La democracia, desde esta postura, consiste en la renovación de la autorización de los ciudadanos a la actuación del Estado, en la confirmación del mandato del portador de la soberanía al soberano.

Ahora bien, para que esta relación sea válida y el Estado tenga el poder legítimo sobre todo el pueblo, es necesario que cada uno de los miembros de la sociedad pueda participar en la esfera pública en condiciones de igualdad política.¹²⁴ La igualdad política se compone de dos partes. Por un lado, tienen que existir derechos de participación formal. Por otro lado, la posibilidad de participación formal debe complementarse con una base de igualdad sustantiva que permita a los ciudadanos influir de modo equitativo en las decisiones colectivas sobre asuntos públicos. Para desentrañar qué abarca la idea de igualdad sustantiva, es necesario abordar el concepto de ciudadanía.

Tal como fue desarrollada por T. H. MARSHALL, la ciudadanía es el medio a través del cual cada partícipe en una comunidad política es reconocido como un miembro pleno.¹²⁵ Para que la noción de ciudadanía esté completa y, así, se alcancen condiciones de igualdad, se deben garantizar tres capas de derechos.¹²⁶ Estas, según explica MARSHALL, emergieron en el curso de tres siglos.¹²⁷ Primero se forjaron los derechos civiles, que datan del siglo XVIII; luego, los derechos políticos, cuya principal expansión se dio en el siglo XIX; y, finalmente, los derechos sociales, que se

¹²² LOUGHLIN, *The idea of Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, cap. 6.

¹²³ LOUGHLIN, *supra* nota 122.

¹²⁴ RAMSAY, "The Dialogic Community at Dusk", en *Critical Analysis of Law*, vol. 1, 2014, pp. 316-332.

¹²⁵ MARSHALL, *Citizenship and Social Class*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950.

¹²⁶ MARSHALL, *supra* nota 125, p. 10.

¹²⁷ MARSHALL, *supra* nota 125, p. 10.

consolidaron con el Estado de bienestar.¹²⁸ El reconocimiento de cada una de estas esferas de derechos significó la inclusión en el ámbito de la ciudadanía de personas previamente excluidas.¹²⁹ O, como lo expresa MARSHALL, “con la expansión de los derechos de ciudadanía, hay una expansión de la clase ciudadana”.¹³⁰ De este modo, con el surgimiento del Estado de bienestar, aquellos previamente excluidos de la vida política de la comunidad finalmente se volvieron ciudadanos, una posición hasta entonces delimitada por la capacidad económica de sus miembros, que, por lo tanto, les estaba vedada. Es importante notar que los tres grupos de derechos son necesarios para el ejercicio de la participación política. Los derechos políticos universalizan el derecho a voto.¹³¹ Los derechos civiles, al abarcar la libertad de expresión, de asamblea y, de modo más general, la protección de nuestras esferas privadas, son vitales para el desarrollo y la comunicación de las ideas políticas.¹³² Los derechos sociales, al proveer un piso mínimo de estabilidad económica, liberan a las personas de la necesidad extrema y les permiten centrarse en los asuntos públicos exentos de las presiones del mercado.¹³³ Solo bajo estas condiciones, la soberanía puede ser ejercida por el pueblo en su conjunto, lo que posibilita que la autorización a la actuación del soberano sea válida y su representación de la ciudadanía, legítima. En esta instancia, la democracia puede considerarse plena.

Justamente, la prevalencia de la democracia sobre el capitalismo en el orden de posguerra, a la que se refiere STREECK, se explica por el reconocimiento de las tres capas de la ciudadanía que caracterizó a la época. Por este motivo, para recuperar su ascendencia perdida, el capital centró sus esfuerzos en desmembrar la noción de ciudadanía reinante durante el Estado de bienestar. El modo más evidente en que lo hizo fue con el ataque a la capa social de la ciudadanía, a través de la afirmación de que una persona es parte de una comunidad no por ser sujeto de derechos sino por cumplir ciertas obligaciones.¹³⁴ La derivación necesaria es que solo deben ser considerados ciudadanos aquellos que, al menos, sean capaces de mantenerse económicamente. Al no alcanzar siquiera ese objetivo, “los constantemente desempleados son una fuente de vergüenza tanto para sí mismos como para la sociedad en general”.¹³⁵ La desregulación del mercado laboral y los recortes en salud pública, educación, pensiones y beneficios de desempleo ilustran el triunfo de la cruzada

¹²⁸ MARSHALL, *supra* nota 125, p. 10.

¹²⁹ MARSHALL, *supra* nota 125.

¹³⁰ KYMLICKA / NORMAN, “Return of the Citizen: A Survey of Recent Work on Citizenship Theory”, en *Ethics*, vol. 104 (2), 1994, pp. 352-381, traducción propia.

¹³¹ MARSHALL, *supra* nota 125, p. 11.

¹³² MARSHALL, *supra* nota 125, pp. 10–11.

¹³³ MARSHALL, *supra* nota 125, p. 11.

¹³⁴ KYMLICKA / NORMAN, *supra* nota 131, pp. 355–356.

¹³⁵ MEAD citado por KYMLICKA / NORMAN, *supra* nota 130, p. 356, traducción propia.

contra los derechos sociales. Bajo la racionalidad neoliberal, la ciudadanía es sinónimo de capacidad económica.¹³⁶

El Estado carcelario lleva esta situación aún más lejos, ya que veda, incluso, la participación formal. Como vimos, el desmantelamiento de las estructuras del Estado de bienestar supone el fin de las posibilidades de participación real de los sectores más carenciados de la sociedad, al desmembrar la ciudadanía social. El encarcelamiento masivo, por su parte, opera como un reaseguro de que dichos sectores no tendrán una voz en la comunidad, al negar también las capas civil y política de su ciudadanía. El ataque a los derechos políticos formales se evidencia en la simple razón de que, frecuentemente, a los clientes del sistema penal se les niega la posibilidad de votar en elecciones democráticas. El caso más claro es, otra vez, el de los Estados Unidos. Si bien las regulaciones electorales operan en el nivel estadual, las cifras totales revelan que, actualmente, a 6.100.000 personas no se les permite votar por su situación procesal.¹³⁷ Este número representa el 2,5% del electorado estadounidense. En dieciocho estados, no pueden votar ni los presos ni aquellos que estén bajo *probation* o libertad condicional.¹³⁸ En otros once estados, se suman aquellos que hubieran cumplido una condena por la comisión de ciertos delitos, a quienes se les prohíbe votar de por vida.¹³⁹ A esto se agrega que, además de las restricciones al derecho a voto, la prisionización también afecta las libertades civiles.¹⁴⁰ Al suprimir los derechos de "libertad de movimiento, asamblea, asociación y, de modo más general, la posibilidad de disfrutar una vida privada",¹⁴¹ el encarcelamiento niega la posibilidad de intervenir en debates políticos, desarrollar ideas y comunicarlas de modo colectivo.¹⁴²

WACQUANT ha recalcado cómo las personas afectadas por el recorte de los derechos civiles y políticos propios del encarcelamiento masivo son las mismas que perdieron sus derechos sociales a causa de la flexibilización laboral. Para él, de modo contrario a lo sostenido por FOUCAULT, el Estado carcelario no atraviesa todas las esferas de la sociedad, sino que opera con un sesgo notorio de acuerdo con las clases sociales, con la consecuencia de que "los sectores más carenciados viven

¹³⁶ SOMEK, *supra* nota 82, p. 208.

¹³⁷ CHUNG, "Felony Disenfranchisement: A Primer" en *The Sentencing Project*, 27 de junio de 2019, disponible en <https://www.sentencingproject.org/publications/felony-disenfranchisement-a-primer>. [Enlace verificado el día 31 de julio de 2019].

¹³⁸ CHUNG, *supra* nota 137.

¹³⁹ CHUNG, *supra* nota 137.

¹⁴⁰ RAMSAY, "A Democratic Theory of Imprisonment" en DZUR / LOADER / SPARKS (eds), *Democratic Theory and Mass Incarceration*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 84-107.

¹⁴¹ RAMSAY, *supra* nota 140, p. 91, traducción propia.

¹⁴² RAMSAY, *supra* nota 140, p. 91.

en una sociedad punitiva, pero las clases medias y altas ciertamente no”.^{143,144} Por lo tanto, cuando el foco pasa del nivel individual al colectivo, el daño que el encarcelamiento masivo le causa a la democracia se percibe con más nitidez aún.

Si un sector de la población no tiene la posibilidad de cuestionar al *statu quo* y de tener una voz en las decisiones sobre el futuro de la sociedad, el mandato popular se desvanece. Quizás no logren sus objetivos, pero, al menos, tienen que poder hacer oír su voz en el debate público. Lógicamente, en una democracia representativa, no todos coincidirán en sus posturas, pero lo que es absolutamente necesario es que puedan manifestarlas. De lo contrario, el Estado ya no será el representante del pueblo como portador de la soberanía, sino de sectores determinados con la capacidad de manifestar su opinión. Es que la concepción de la democracia propuesta, que surge de los orígenes de nuestro orden constitucional, permite abarcar una amplia gama de diseños sociales e institucionales. Si se logra una democracia deliberativa, el sistema será mejor, en tanto los ciudadanos podrán expresar su autorización a las decisiones del Estado de modo constante e informado. Si la democracia se ciñe al voto, su calidad será inferior, ya que la participación será muy esporádica, y el mandato popular será más endeble. Pero aun en este último supuesto, en el que la democracia sería simplemente un ejercicio de voluntad popular cuyo resultado estaría determinado por las preferencias de las mayorías, lo que nunca puede pasar es que haya alguien que no pueda expresar su posición. Si esto sucede, el mandato ya no será del pueblo y el gobierno dejará de representar a todos para representar a algunos.

En este sentido, es perfectamente posible que una sociedad con una democracia robusta opte por adoptar un paradigma neoliberal para el gobierno de su sociedad. El punto, sin embargo, es que, al menos en los países en los que se centra la idea del populismo penal, y especialmente en los Estados Unidos, la forma en la que se desenvuelve ese paradigma, con su marcada faz punitiva, hace imposible una democracia plena. Por un lado, porque retira un núcleo básico de derechos sociales y económicos que, para ciertos sectores, es esencial para poder actuar en la esfera pública. Por el otro, porque, una vez marginalizados, esos mismos sectores son retirados completamente de la

¹⁴³ WACQUANT, *supra* nota 98, p. 206, traducción propia.

¹⁴⁴ El éxito de la retórica individualista propia del neoliberalismo se vuelve evidente en la tendencia de los “clientes” del sistema penal de culparse a sí mismos y no a sus contextos sociales por su situación. Acerca del caso de los Estados Unidos, ver LERMAN / WEAVER, *Arresting Citizenship: The Democratic Consequences of American Crime Control*, Chicago, The University of Chicago Press, 2014.

arena política a través de la prisionización.¹⁴⁵ Es evidente que esta situación es una muestra más de los beneficios que el encarcelamiento les genera a los ganadores del sistema neoliberal: al sacar de la arena política a los más desaventajados, la prisionización silencia la palabra de los que se presumiría que, de poder ejercerla, serían los más críticos del sistema y tendrían la mayor legitimidad para mostrar sus miserias. Debe recordarse, además, que los intereses de las minorías con poder económico suelen contraponerse con las pretensiones democráticas de la mayoría, que suelen apuntar a una redistribución más justa. Al sacar del juego a quienes estarían más interesados en abogar por mayores protecciones sociales, la hiperprisionización despeja el camino para la maximización de las ganancias de los principales actores del mercado.

Según el argumento desarrollado hasta aquí, existen más elementos para interpretar el aumento en las poblaciones carcelarias en los países de los que se ocupan los teóricos del populismo penal como un fenómeno funcional a intereses de las élites que como un exceso de democracia. Desde un enfoque materialista, que los mayores crecimientos en las tasas de encarcelamiento se den en lugares que atravesaron procesos de liberalización económica y en los que las instituciones de participación ciudadana se degradaron constituye un importante indicio de la funcionalidad de la prisionización para los intereses de los principales actores del mercado, cuyo margen de ganancia depende, en gran medida, de distribuciones desiguales del ingreso. Esta perspectiva cobra especial interés si se repara en que cumple con los postulados propuestos por RUSCHE y KIRCHEIMER. Por un lado, cuando la economía prima sobre la política, la prisionización sube. Por otro lado, cuando las condiciones laborales merman, la amenaza carcelaria emerge como un fuerte disuasor a cuestionar al sistema o

¹⁴⁵ Una cuestión que no puede dejar de mencionarse al abordar el encarcelamiento masivo, especialmente si se toma a los Estados Unidos como caso paradigmático, es el factor racial. En efecto, el impacto desproporcionado de la hiperprisionización sobre la población afroamericana ha sido, justificadamente, el foco de gran parte de la doctrina contemporánea. Actualmente, las personas afroamericanas tienen el doble de posibilidades de ir a prisión que hace cincuenta años y son encarceladas 6,5 veces más que las blancas. Una de cada diez personas afroamericanas está en prisión y, llamativamente, el porcentaje de presos federales afroamericanos es mayor hoy que al momento del dictado de "Brown vs. Board of Education". Ahora bien, el sesgo racial carcelario estadounidense no opera como un factor ajeno al desarrollo planteado hasta aquí. Robert FORMAN JR. ha puesto de manifiesto que uno de los principales motivos por los cuales el encarcelamiento masivo no puede ser explicado, linealmente, como una prolongación de los tiempos de "Jim Crow" es que el segregacionismo discriminaba a todos los afroamericanos por igual, mientras que la prisionización se dirige a aquellos situados en los sectores más desaventajados. FORMAN JR. da cuenta de que este fenómeno no afecta a las clases medias y altas de la población afroamericana, sino que está circunscripto a sus segmentos más pobres y menos educados. A modo de ilustración, mientras los hombres afroamericanos nacidos en los años sesenta que dejaron la escuela secundaria tienen un 59% de posibilidades de ir a prisión, aquellos que fueron al "*college*" tienen solo un 5%. Así, aun cuando la cuestión racial es determinante en el estudio del encarcelamiento masivo estadounidense, en su seno se replica el funcionamiento de un complejo punitivo que apunta a asegurar la exclusión de los ya de por sí excluidos del sistema y que opera, marcadamente, en líneas de clase. FORMAN JR., "Racial Critiques of Mass Incarceration: Beyond the New Jim Crow", en *New York University Law Review*, vol. 87, 2012, pp. 101-146, p. 102.

buscar alternativas.

Adicionalmente, la afectación del encarcelamiento masivo sobre la ciudadanía, que comienza por privarla de su faz social y termina por atacar sus elementos civiles y políticos, muestra que el Estado carcelario, lejos de ser producto de una noción seria de democracia, es una manifestación de poder netamente antidemocrática. La eliminación de ciertos grupos sociales del debate público hace que el mandato popular ya no sea pleno y, al mismo tiempo, garantiza a las élites del efecto de la voz de quienes podrían ser sus críticos más acérrimos.

El juego de todos los aspectos abordados en esta sección pone en jaque la conceptualización del encarcelamiento masivo como el producto de un exceso democrático y abre la puerta a preguntarnos si no sería más plausible referirnos a este fenómeno no como populismo penal sino como elitismo penal. Lógicamente, sería posible que una situación responda a una participación popular desmedida y, al mismo tiempo, favorezca a las élites. El punto, sin embargo, es que mientras que la influencia de la participación ciudadana en las decisiones de política criminal es, cuando menos, discutible, y no puede considerarse democrática, las formas en las que el castigo favorece la primacía social y política de las élites aparecen, cada vez, con mayor claridad.

En un marco en el que los canales institucionales desaparecen, la participación política formal e informal mengua, el papel de la voluntad popular es cuestionado en plano teórico, los derechos esenciales para ser parte del juego democrático se desconocen, los indicios para manifestar el punitivismo son, básicamente, encuestas de baja calidad y el encarcelamiento masivo cumple importantes roles en el sostenimiento y la justificación de una sociedad marcada por la desigualdad, las bases para afirmar que la política criminal es impuesta “desde abajo” son endebles. En tiempos signados por la reverencia estatal a las demandas de grupos económicos de poder, quizás sea momento de tomar con seriedad el análisis inicial de BOTTOMS y pensar si no es más factible concebir la distopía carcelaria actual como impuesta “desde arriba”, en respuesta a la necesidad de lidiar con sectores marginalizados cada vez más grandes de formas que no afecten los intereses de las cada vez más poderosas cúpulas. Más allá de si se decide calificar a este fenómeno como “populismo” o no, lo que parece claro es que no se trata de una iniciativa ciudadana espontánea, sino de una simple retórica a través de la que los órganos decisores “apelan a la voluntad popular sin siquiera involucrarse ni preocuparse por recabar las perspectivas de la sociedad” y que, como explica GARGARELLA, no se diferencia en nada del enfoque tecnocrático, dado que ambos pregonan actuar

por el beneficio del pueblo, pero nunca se detienen a escucharlo.¹⁴⁶

V. Expertise

La tesis del populismo penal parte de dos premisas, que operan en conjunto. Una es que la inflación carcelaria es producto de un exceso democrático. La otra es que, para revertirla, el poder debería volver a las manos de los expertos. Lógicamente, la segunda presupone la veracidad de la primera. Sin embargo, hasta aquí, hemos visto que es cuando menos discutible que el aumento de las tasas carcelarias sea producto de la participación pública de las personas. Hemos visto, además, que una lectura alternativa es posible, en la que este fenómeno, lejos de ser un proceso democratizador, satisfaga los intereses de las élites en un contexto general de primacía del mercado sobre los individuos en la toma de decisiones políticas. En esta sección, se tratarán los pedidos por la reinstauración de la *expertise* en el diseño de la política criminal y se darán dos argumentos en su contra. En primer lugar, desde un plano descriptivo, se argüirá que la tecnocracia sigue presente en la elaboración de la política criminal. En segundo lugar, se darán razones empíricas y teóricas por las que la democracia debe primar frente al gobierno de los expertos.

El primer punto débil de proponer una reinstauración tecnocrática como salida del Estado carcelario es que no está para nada claro que el rol de los expertos en la política criminal haya mermado a partir de la década de los setenta. En este sentido, Rodney MATTHEWS ha expuesto que, si bien es posible que cierto tipo de burocracia haya sido reemplazada, no está para nada claro que quienes tomen su lugar respondan más a la voluntad popular.¹⁴⁷ MATTHEWS ahonda en este punto y explica que, en los últimos tiempos, se ha producido una proliferación inédita de todo tipo de expertos en el marco de una justicia penal en constante expansión. Este es el caso de psicológicos, terapeutas sexuales, expertos en drogas, educadores, arquitectos, diseñadores, demógrafos o ambientalistas, profesionales cuya intervención en la política criminal era, hace unos años, menor o nula.¹⁴⁸ MATTHEWS cita la conocida frase de Stanley COHEN que ilustra que “el hecho de que muchos de los nuevos expertos usen *jeans* y zapatillas, en vez de traje y corbata, no los hace ni menos expertos ni menos influyentes”.¹⁴⁹

¹⁴⁶ GARGARELLA, “Democracy All The Way Down” en DZUR / LOADER / SPARKS (eds), *Democratic Theory and Mass Incarceration*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 308.

¹⁴⁷ MATTHEWS, *supra* nota 17.

¹⁴⁸ MATTHEWS, *supra* nota 17, p. 189.

¹⁴⁹ COHEN, “Social Control and the Politics of Reconstruction”, en NELKEN (ed.) *The Futures of Criminology*, London: Sage Publications, 1994, pp. 63–88, en MATTHEWS, *supra* nota 17, p. 189.

Por otro lado, algunos de los componentes centrales del giro preventivo que la política criminal ha experimentado recientemente, especialmente en los Estados Unidos y en el Reino Unido, son producto de saberes netamente expertos.¹⁵⁰ Es que, al menos desde la década de los noventa, y en grado creciente, el derecho penal ha adoptado una retórica muy similar a la de la tecnocracia económica, que pone el foco en eliminar incertidumbres. El enfoque liberal clásico, que toma a la comisión de un delito y a la culpabilidad como condición necesaria para la imposición de un castigo, ha sido paulatinamente puesto en cuestión por una aproximación preventiva al delito, que busca adelantarse al crimen. El principal modo en el que se manifiesta esta tendencia es en la realización de análisis de riesgo que buscan determinar por adelantado quiénes deben ser colocados bajo la órbita del aparato penal. La premisa es que el mejor modo de enfrentar el crimen es a través de la incapacitación de aquellos que significan una amenaza para la sociedad, sin esperar a que actúen.¹⁵¹ El surgimiento del “actuarialismo penal” es una manifestación clara de esta tendencia. Este enfoque consiste en la medición de distintas variables —posición económica, nivel de educación, edad, género, raza, composición familiar, lugar de vivienda, entre otras— con el fin de determinar, estadísticamente, el peligro de que una persona cometa delitos. Su aplicación se da tanto en lo relativo a las medidas preventivas como en la determinación de la extensión de las condenas. Lógicamente, la implementación de este tipo de cambios está en manos de personas altamente especializadas, que no pueden ser calificadas de otro modo que como “expertos”. Paralelamente, los factores que suelen analizarse para determinar la peligrosidad tienden a perjudicar a las personas de sectores más vulnerables, lo que fomenta la exclusión democrática tratada anteriormente.

Es interesante notar que esta alusión a la racionalidad permite legitimar al Estado carcelario al presentarlo como el producto de complejos cálculos algorítmicos destinados a proteger a los ciudadanos de las amenazas que los rodean. Expuesta como parte de la cruzada por la seguridad total, esta nueva tecnocracia promete anticiparse a la comisión de cualquier crimen y así alcanzar la máxima eficacia en la gestión de la criminalidad. Nuevamente, esto posibilita presentar como beneficioso para la mayoría un programa de política criminal que atenta directamente contra la seguridad jurídica, la libertad y la presunción de inocencia de todos los ciudadanos y que habilita a

¹⁵⁰ SHAMMAS, *supra* nota 4.

¹⁵¹ Esto puede observarse en la tendencia a adelantar la imputación penal a simples estados que no involucran acción y, mucho menos, voluntad. Algunos ejemplos, en el derecho anglosajón, son la expansión de las llamadas *precautionary liability* y *absolute liability*, que no exigen la presencia de *mens rea*. Las *status offenses*, más comunes en el derecho penal juvenil, también ilustran esta situación. Para un tratamiento profundo del devenir de este fenómeno en el Reino Unido, ver RAMSAY, *The Insecurity State: vulnerable autonomy and the right to security*, Oxford, Oxford University Press, 2012. En el aspecto procesal y de determinación de sentencias, es notoria la creciente popularidad del actuarialismo. ROTHSLID-ELYASSI / KOEHLER / SIMON, “Actuarial Justice”, en DEFLEM (ed.), *The Handbook of Social Control*, Wiley 2019, pp. 194-206.

excluir a aquellos más perjudicados por la desigualdad económica sin que siquiera hayan cometido un delito.

Lo dicho hasta aquí revela que el pedido genérico por el retorno de la *expertise* desconoce que, al menos, una parte central del derecho penal continúa en manos de expertos, incluida una de sus tendencias más punitivas, como lo es el nuevo prevencionismo. Si a esto se suma que, como vimos, las intervenciones ciudadanas informadas han llegado a resultados más moderados que las de profesionales el punto se resquebraja aún más.

Frente a estas objeciones, el argumento podría cambiarse para sostener que lo que se necesita son “otros expertos”, los “expertos correctos”. El primer problema que tendría esta postura es empírico. Por un lado, debería indicar quién elegiría a estos tecnócratas y cómo se evitaría que se seleccione a personas que favorezcan el encarcelamiento, situaciones a las que no se ha referido hasta el momento. Respecto de este punto, es al menos esperable que, en países regidos por concepciones economicistas y con una alta influencia de las élites, los grupos de poder cuenten con una palabra central en el proceso de escoger a los nuevos especialistas. Por otro lado, embarcarse en una tecnocracia aislada de la ciudadanía conlleva el riesgo de que, si el experimento sale mal, no haya vuelta atrás. La democracia, en cambio, provee una base desde la que, ante un error, siempre podemos empezar de nuevo. Que la población tenga la posibilidad de expedirse respecto de las políticas públicas implementadas por los gobernantes hace que estas siempre estén sujetas a ser modificadas. Cuando al decisor se lo blindo de la obligación de dar respuestas, cambiar sus medidas se torna mucho más difícil —especialmente si cuenta con la presunción de ser un experto—.

De todos modos, y más allá de análisis consecuencialistas, existen razones normativas que obligan a que el diseño de la política criminal y del derecho penal tenga una raíz democrática. Una versión de este argumento ha sido brindada por GARGARELLA, quien, desde una teoría de la democracia deliberativa, ha sostenido la necesidad de que todos los afectados tengan una voz en la toma de una decisión.¹⁵² Para GARGARELLA, la adopción de mecanismos democráticos que permitan a las personas dar cuenta de sus posturas respecto de problemáticas que las atañen directamente permite llegar a acuerdos que tienen el valor intrínseco de ser respetuosos de la igualdad moral de todos los ciudadanos, así como de su igual dignidad. Esto, a su vez, permitiría que un ámbito tan invasivo de las esferas personales como el derecho penal pueda legitimarse. Es que “lo que nos afecta a todos debería ser decidido por todos” y, especialmente, por “los potencialmente afectados”.¹⁵³

¹⁵² GARGARELLA, *supra* nota 146.

¹⁵³ GARGARELLA *supra* nota 146, p. 308.

Desde mi perspectiva, lo postulado por GARGARELLA constituye el modelo al que deberíamos apuntar. Sin embargo, me interesa destacar que, aun si no lográramos alcanzar un sistema plenamente deliberativo, la democracia, con todas sus falencias actuales, tiene una mayor legitimidad que los expertos para dirigir la política criminal.

A modo de retomar lo expuesto en la sección anterior, si se percibe al Estado como el producto del ejercicio del poder constituyente del pueblo, que en condiciones de libertad decidió crear una estructura que lo represente, queda clara la subordinación del soberano (el Estado) ante quien ostenta la soberanía (el pueblo). Como se dijo, si el Estado solo existe como consecuencia de la voluntad popular, sus acciones solo serán legítimas si la respeta. Si, por el contrario, se aleja de sus dictados, abandonará su fuente original de autoridad y sus decisiones carecerán de fuerza normativa vinculante para los ciudadanos, ya que no serán un reflejo de sus preferencias. Si el vínculo representante/representados se corta, el primero carece de legitimación para ordenar las vidas de los segundos.

Esto es especialmente relevante en el ámbito de la política criminal. En occidente, y especialmente en los países de los que se ocupa la tesis del populismo penal, la voluntad popular no da lugar a cualquier Estado, sino a uno que tenga como máxima el respeto de la libertad. En palabras de MADISON, “la Constitución es una carta de poderes concedidos por la libertad”.¹⁵⁴ En este contexto, el derecho penal es la herramienta más intrusiva que la ciudadanía le otorga al soberano para hacer cumplir las leyes. Es el único instrumento a través del cual lo habilita a restringir la libertad para preservar el orden comunitario. Dada la trascendencia de esta autorización en particular, es claro que el ejercicio del derecho penal, más que en el de ninguna otra herramienta estatal, debe responder estrictamente a los dictados establecidos por el pueblo para su uso. De lo contrario, el Estado no solo dejaría de actuar como representante de la ciudadanía, sino que al hacerlo se autoconcedería la potestad de cercenar libertades por fuera de su mandato original, lo que erosionaría el fundamento básico de nuestro orden constitucional.

Este enfoque permite llegar a la conclusión de que cualquier forma de ejercicio democrático tiene una preeminencia normativa indiscutible sobre ejercicios de *expertise* aislados del control popular. Si, además, conseguimos adoptar un sistema deliberativo como el que propone GARGARELLA sería todavía mejor. Por un lado, la ciudadanía, en ejercicio de su soberanía, tendría muchas más instancias en las que podrá manifestar su autorización a las decisiones estatales. Por otro

¹⁵⁴ MADISON, *National Gazette*, 19 de enero de 1972, en SOMEK, *supra* nota 82.

lado, como muestran los análisis citados más arriba, hay motivos para creer que tendríamos un derecho penal más humano. Pero lo que me interesa destacar es que, aun si esto no sucediera, la visión más pobre de democracia, la mera voluntad mayoritaria de la que parten los teóricos del populismo penal, es normativamente más aceptable que sacar al Estado del alcance de la población. La segunda opción da lugar a un soberano que se independiza y que deja de ser el reflejo de nuestra voz para quedar en manos de personas que no elegimos, que toman decisiones en las que no participamos.

Lo dicho en esta sección no implica que el conocimiento especializado no tenga ningún papel en la política criminal. Por el contrario, el éxito en su gestión requerirá de personas preparadas para la tarea. Lo importante, sin embargo, es que las decisiones nunca se tomen a espaldas de la población y que sea esta la que, en última instancia, mantenga la facultad de poder determinar las características de la comunidad en la que quiere vivir.

VI. Conclusión

Aun cuando seguimos sin comprender plenamente qué fue lo que llevó a la hipertrofia de los aparatos penales estatales que marcó los últimos cuarenta años, en el último tiempo, la visión que sitúa al populismo penal como un factor determinante del encarcelamiento masivo se ha consolidado en la doctrina. Para esta postura, el Estado carcelario es, en gran medida, producto de una excesiva democratización de la política criminal. Lo que prima, entonces, es la nostalgia por una élite tecnocrática que, en los tiempos dorados, operaba como la guardiana de la racionalidad en el gobierno del crimen. Por lo tanto, las esperanzas de superación de la distopía penal en la que vivimos son puestas en el restablecimiento del poder de los expertos.

Sin embargo, la noción de populismo penal se apoya en cimientos endebles. Para empezar, con los datos existentes al día de hoy no es posible afirmar un punitivismo social generalizado ni, mucho menos, que dicho punitivismo se haya trasladado a políticas de mano dura. Así, se ha observado que las personas que cuentan con información suficiente y participan de actividades deliberativas, en las que se les da un rol activo, tienden a adoptar posiciones moderadas frente al crimen¹⁵⁵. En la misma línea, el éxito electoral de políticos de posiciones conservadoras respecto del castigo no es razón para culpar a la sociedad por nuestro presente punitivo. En momentos en los que la conexión de los ciudadanos con sus representantes es cada vez más difusa, y en los que a veces no existen visiones alternativas entre los políticos, las acciones de los gobernantes difícilmente puedan ser atribuidas al

¹⁵⁵ TURNER, *supra* nota 39.

electorado.

Esto se conecta con lo paradójico que resulta sostener, en un momento de creciente influencia de las élites sobre el Estado, definido como posdemocrático,¹⁵⁶ que lo que ha llevado a los incrementos en las poblaciones carcelarias ha sido demasiada democracia. En un contexto en el que la participación política, formal y material está en franco declive, y en el que la imagen del Estado como un reflejo de la voluntad popular surge solo como una memoria distante, resultaría, cuando menos, intrigante que un área tan central del Estado como la política criminal sea más permeable que nunca a las presiones colectivas. La creciente injerencia de las élites, las funcionalidades que cumple el castigo en sociedades neoliberales, la correlación entre la desregulación de la economía y el aumento de las tasas de encarcelamiento y la prisionización masiva socavan la perspectiva que ve al giro punitivo contemporáneo como impuesto “desde abajo”. Tal vez haya llegado el momento de cambiar el foco y de estudiar seriamente la posibilidad de que el Estado carcelario provenga de necesidades políticas, económicas y sociales a las que se le busque una solución “desde arriba”.

La segunda premisa de la tesis del populismo penal, que propone que la salida del presente carcelario está en el empoderamiento de expertos aislados del pueblo, es aún más cuestionable. Para empezar, existen fundamentos para sostener que, en los últimos años, la tecnocracia, lejos de retirarse, ha tenido un rol central en el diseño de la política criminal. La especialización de muchas áreas del sistema punitivo y la notable influencia de enfoques actuariales en el giro preventivo del derecho penal dan cuenta de esta situación. Además, desde un plano empírico, existen razones para dudar de que la selección de expertos esté a cargo de actores con una mirada moderada y liberal del derecho penal. De todos modos, la principal barrera para la intención de quitar las decisiones sobre el delito de las manos del pueblo radica en cuestiones de principios. Cuando el Estado es visto como el producto de la creación de sus ciudadanos y atado a sus mandatos por una constante relación de autorización, es posible entender por qué las decisiones de gobierno más intrusivas en las vidas de las personas no pueden alejarse del control popular.

VII. Bibliografía

BECKETT, Katherine / WESTERN, Bruce, “Governing Social Marginality: Welfare, Incarceration, and the Transformation of State Policy”, *Punishment & Society*, vol. 3(1), 2011. 43-59

BOTTOMS, Sir Anthony, “The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing Reform” en

¹⁵⁶ CROUCH, *supra* nota 50.

CLARKSON / CMV / MORGAN, Rodney (eds.), *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford, Clarendon Press, 1995

BROWN, Wendy, *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*, Nueva York, Zone Books, 2015

CAVADINO, Michael / DIGNAN, James, *Penal Systems: A Comparative Approach*, Londres, Sage, 2006

CHUNG, Jean, “Felony Disenfranchisement: A Primer” en *The Sentencing Project*, 27 de junio de 2019, disponible en <https://www.sentencingproject.org/publications/felony-disenfranchisement-a-primer> [Enlace verificado el día 31 de julio de 2019]

CROUCH, Colin, *Coping with Post-Democracy*, Londres, Fabian Society, 2000

—, *Post-Democracy*, Malden, Polity, 2004

DE GIORGI, Alessandro, “Punishment and Political Economy”, en SIMON / SPARKS (eds.), *The SAGE Handbook of Punishment and Society*, Los Ángeles, Sage, 2013

DZUR, Albert, W., “The Myth of Penal Populism”, en *The Journal of Speculative Philosophy*, vol. 24(4), 2010, pp. 354-379

DZUR, Albert W. / LOADER, Ian / SPARKS, Richard, “Punishment and Democratic Theory: Resources for a Better Penal Politics” en DZUR, Albert W. / LOADER, Ian / SPARKS, Richard (eds.), *Democratic Theory and Mass Incarceration*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 1-14

FORMAN Jr, James, “Racial Critiques of Mass Incarceration: Beyond the New Jim Crown”, en *New York University Law Review*, vol. 87, 2012, pp. 101-146, p. 102

FRANCIS-DEVINE, Brigid, “Income Inequality in the UK”, *House of Commons Library Briefing Paper*, n.º 7484, 2020

FREIBERG, Arie, “Affective Versus Effective Justice: Instrumentalism and Emotionalism in Criminal Justice” en *Punishment & Society*, vol. 3(2), 2011, pp. 265-278

GARGARELLA, Roberto, “Democracy All The Way Down” en DZUR, Albert W. / LOADER, Ian /

- SPARKS, Richard (eds), *Democratic Theory and Mass Incarceration*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 308
- GARLAND, David, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1993
- GREEN, David A., “Public Opinion Versus Public Judgment About Crime” en *The British Journal of Criminology*, vol. 46(1), 2006, pp. 131-154
- KYMLICKA, Will / NORMAN, Wayne, “Return of the Citizen: A Survey of Recent Work on Citizenship Theory”, en *Ethics*, vol. 104 (2), 1994, pp. 352-381
- LACEY, Nicola, *The Prisoners’ Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008
- LEIGH, Andrew, *Battlers & Billionaires: The Story of Inequality in Australia*, Collinwood, Australia, 2013
- LOUGHLIN, Martin, *The idea of Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003
- LUSKIN, Robert C. / FISHKIN, James S. / JOWELL, Roger, “Considered Opinions: Deliberative Polling in Britain”, en *British Journal of Political Science*, Cambridge University Press, vol. 32, 2002, pp. 455-487
- LERMAN, Amy E. / WEAVER, Vesla M., *Arresting Citizenship: The Democratic Consequences of American Crime Control*, Chicago, The University of Chicago Press, 2014
- LOADER, Ian, “Fall of the Platonic Guardian” en *The British Journal of Criminology*, vol. 46, 2006, pp. 561-586
- LOUGHLIN, Martin, *Foundations of Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010
- MARSHALL, Thomas Humphrey, *Citizenship and Social Class*, Cambridge, Cambridge University Press, 1950
- MATTHEWS, Roger, “The Myth of Punitiveness” (2005) en *Theoretical Criminology*, vol. 9 (2), 2005, pp. 175-201

PETTIT, "Is Criminal Justice Politically Feasible?" en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 5 (2), 2002, pp. 427-450

PICKETTY, Thomas, SAEZ / Emmanuel / SUCMAN, Gabriel, "Distributional National Accounts: Methods and Estimates for the United States", *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 133(2), 2018, pp. 553-609

PRATT, John, *Penal Populism*, Londres, Routledge, 2007

PUTNAM, Robert D., *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*, Nueva York, Simon & Schuster, 2000

RAMSAY, Peter, *The Insecurity State: vulnerable autonomy and the right to security*, Oxford, Oxford University Press, 2012

—, "A Democratic Theory of Imprisonment" en DZUR, Albert W. / LOADER, Ian / SPARKS, Richard (eds), *Democratic Theory and Mass Incarceration*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 84-107

—, "The Dialogic Community at Dusk", en *Critical Analysis of Law*, vol. 1, 2014, pp. 316-332

RASHBROKE, Max (Ed.), *Inequality, A New Zealand Crisis*, Bridget Williams Books, 2013

ROTHSCHILD-ELYASSI, Gil / KOEHLER, Johann / SIMON, Jonathan, "Actuarial Justice", en DEFLEM, Mathieu (ed.), *The Handbook of Social Control*, Wiley 2019, pp. 194-206

RUSCHE, Georg, "Labour Market and Penal Sanction: Thoughts on the Sociology of Criminal Justice", en *Social Justice*, vol. 40 (1-2), 2014, pp. 252-264

RUSCHE, Georg / KIRCHEIMER, Otto, *Punishment and Social Structure*, Nueva York, Columbia University Press, 1939

SHAMMAS, Victor L., "Penal Elitism: Anatomy of a Professorial Ideology", *Critical Criminology*, vol. 28, 2020, pp. 759-774

SOMEK, Alexander, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2014

STREECK, Wolfgang, *Buying Time: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*, Londres, Verso, 2014

TURNER, Elizabeth R., “Mass Incarceration and Public Opinion on Crime and Justice: From Democratic Theory to Method and Reality” en DZUR, Albert W., LOADER, Ian y SPARKS, Richard (eds), *Democratic Theory and Mass Incarceration*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 213-231

WACQUANT, Loïc J.D, *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*, English language ed., Durham, Duke University Press, 2009.

—, “Crafting the Neoliberal State: Workfare, Prisonfare, and Social Insecurity” en *Sociological Forum*, vol. 25 (2), 2010, pp. 197-220

WALMSLEY, Ron, “World Prison Population List, Twelve Edition”, en *Institute for Criminal Policy Research*, n.º 2, 2018, disponible en: http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf [enlace verificado el día 31 de julio de 2019]

ZEDNER, Lucia, “Policing Before and After the Police”, en (2006) 46 *The British Journal of Criminology*, vol. 46 (1), 2006, pp. 78-96

ZIMRING, Frankin. E. / JOHNSON, David T., “Public Opinion and the Governance of Punishment in Democratic Political Systems” en *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 605 (1), pp. 265.-280

EL DELITO Y LA PENA EN KARL MARX

Michael PAWLIK*

Fecha de recepción: 23 de febrero de 2021

Fecha de aceptación: 1 de marzo de 2021

Abstract

In his first examination of questions of criminal law, a series of articles on the wood theft law of the Prussian Rhine province (1842), the young Karl Marx unmistakably followed in the footsteps of Hegel. In the following years, however, Marx increasingly broke away from Hegel. While Hegel trusted the state as the custodian of the general public interest to tame the potentially destructive forces of bourgeois market society, Marx considered such a belief illusory: The modern state is not the master of bourgeois society but its servant, and its exaltation by Hegel is nothing but ideology. According to Marx, the doubling of modern societies into a real world of economic conflicts of interest and the ethereal region of an unreal state generality means that such societies cannot be content with one theory of punishment, but need two theories: a doctrine of prevention based on robust protection of interests and a theory of retaliation that is at the height of idealistic semantics of reason and freedom. Marx rejected both types of theory as ideological. Instead of punishing the individual wrongdoer, he argued, it is necessary to eliminate the origins of the crime. This goal could only be realized under communism. In a communist community, the punishment would be nothing other than the judgment of the wrongdoer about himself. In the person who executed this punishment he would therefore find “the natural redeemer from the punishment that he imposed on himself”. In political practice, however, this claim inevitably turns into total control by the association over its members. Not only the Enlightenment is subject to a disastrous dialectic, but also Marx’ idea of radical emancipation.

I. El debut de un joven hegeliano

Los lectores del *Rheinische Zeitung*, que en el otoño de 1842 fueron bombardeados con una serie de artículos sobre un tema jurídico-político candente de la época —la ley de hurto de madera de la

* Traducción del alemán de Leandro A. Dias (Universität Würzburg), revisada por Marcelo D. Lerman (Universidad de Buenos Aires). Título original del artículo: “Karl Marx über Verbrechen und Strafe”, publicado en JRE 1/2020, pp. 151-170. Se mantuvo el formato de citas del original.

provincia prusiana de Renania¹—,² no tenían ninguna razón para creer que el autor de estos artículos llegaría a ser uno de los pensadores más importantes de su siglo. En su lucha contra la criminalización de la práctica de la recogida de leña rota en el bosque, que siempre había sido practicada por la población pobre, el joven Karl Marx, de 24 años, aparece durante largos tramos como el prototipo de joven hegeliano: crítico con el Estado, sensible a las penurias de la población pobre y francamente alérgico a las frases con las que los poderosos tienden a inflar sus intereses privados para convertirlos en preocupaciones generales, pero realizando, inequívocamente, una construcción a partir de los fundamentos de la filosofía hegeliana.³

Hegel concebía el ilícito delictivo como un acto comunicativamente significativo, como el establecimiento de una contranorma a la ley transgredida por el autor —en resumen, como la negación del derecho— y la pena como la restauración del derecho provocada por la contradicción de esta afirmación de validez —como la negación de la negación—. Esta forma de entender el delito y la pena es adoptada por Marx como algo evidente.⁴ En sus palabras, no es el menoscabo de la propiedad ajena como tal lo que constituye el núcleo conceptual de un hurto —el derecho civil es más bien responsable de ello—, sino el ataque del autor al derecho de propiedad como tal.⁵ El ladrón emitiría un juicio arbitrario contra la propiedad de otro⁶ y con ello lesionaría el “ordenamiento jurídico eterno”.⁷ La pena, a su vez, como “equilibrio del delito con la razón de Estado”,⁸ expresaría la “victoria del derecho contra los atentados al derecho”.⁹ Al abolir el delito¹⁰

¹ Sobre el contexto social y político *Bensaid*, Die Enteigneten, Hamburg: Laika, 2012, p. 18 ss.; *Stedman Jones*, Karl Marx, Frankfurt: Fischer, 2017, p. 38.

² Franz Mehring informa, en su biografía sobre Marx, que en 1836, de los aproximadamente 207.000 procesos penales iniciados en el territorio del Estado prusiano, unos 150.000, es decir, casi las tres cuartas partes, se referían al hurto de madera, la caza furtiva y los delitos forestales y de pastoreo (citado según *Szabó*, Karl Marx und das Recht, Berlin: Akademie, 1981, p. 26).

³ *Arnold*, FS Eser, München: Beck, 2005, p. 29; *Bensaid* (nota 1), p. 30; *Fetscher*, Marx, Freiburg/Basel/Wien: Herder, 2004, p. 27; *A. Mathofer*, Das Recht bei Marx, Baden-Baden: Nomos, 1992, p. 11; *Paul*, Marxistische Rechtstheorie als Kritik des Rechts, Frankfurt: Athenäum, 1974, p. 86; *Schild*, “Verbrechen und Strafe in der Rechtsphilosophie Hegels und seiner Schule”, ZRph 2002, p. 40. Esto también lo admiten los autores marxistas ortodoxos; a modo de ejemplo *Hollants*, Marx’ Auseinandersetzung mit Rechtsproblemen in der „Rheinischen Zeitung“, Berlin (Ost): Dissertation, 1978, S. III; *Szabó* (nota 2), p. 26, 30, 33.

⁴ *Szabó* (nota 2), p. 31 s.

⁵ *Marx*, “Debatten über das Holzdiebstahlsgesetz”, en: Institut für Marxismus-Leninismus beim Zentralkomitee der SED (ed.), Karl Marx/Friedrich Engels: Werke, Bd. 1, Berlin: Dietz, 1981, p. 137 (de aquí en adelante: MEW).

⁶ *Ídem*, p. 112.

⁷ *Ídem*, p. 120. En la convicción de Marx, no se puede hablar de tal lesión en el caso de la recogida de madera rota; en tanto producción de “desorden social” puede ser tratada, en el mejor de los casos, como una infracción policial (*ídem*).

⁸ *Ídem*, p. 138.

⁹ *Ídem*, p. 136.

¹⁰ *Ídem*, p. 141.

y, por tanto, reducirlo a un episodio vencido e irrelevante para la autocomprensión normativa de la comunidad jurídica, la pena les demostraría tanto al delincuente como al público en general la “inmortalidad del derecho”.¹¹ Las observaciones de Marx sobre la pena también son convencionales. Por un lado, fundamenta su advertencia de ejercer moderación sobre la base de consideraciones de prudencia, ya conocidas por la literatura de la Ilustración: el fundamento del Estado se ve socavado si la pena inspira más repugnancia que el delito;¹² además, el Estado se amputaría a sí mismo cada vez que convierte en criminal a uno de sus ciudadanos.¹³ Sin embargo, ante todo, Marx recurre a una figura de argumentación que ya desempeñaba un papel destacado en Kant y Hegel:¹⁴ para que sea entendida por él como “reconocimiento de su libertad”,¹⁵ la pena debe aparecer ante el delincuente como el efecto necesario de su acto, en realidad “como su propio acto”,¹⁶ como “autolesión”.¹⁷ Por consiguiente, el límite de su pena debe ser el límite de su acto.¹⁸ Y, por tanto, debe practicarse una retribución adecuada al hecho, posiblemente en menor medida, pero en cualquier caso no en mayor medida.

En una carta a su padre —por cierto, un documento de precocidad sin parangón en la literatura epistolar que conozco—, el joven Marx de 18 años, sin embargo, a pesar de toda la admiración por la grandeza de la “filosofía del mundo” de Hegel, ya expresa su malestar por su “grotesca melodía pétrea”.¹⁹ Al final de su artículo sobre el *hurto de madera*, el joven león muestra de repente sus garras. Si bien antes había explicado con todas las reglas del arte retórico la forma egoísta en que los miembros del parlamento provincial renano habían dado forma a la ley, ahora envuelve su análisis en un elogio, ciertamente envenenado. De este modo, la *Asamblea Provincial* habría cumplido completamente su objetivo. Habría hecho lo que estaba *llamado* a hacer, representaba un determinado *interés especial* y lo trataba como el fin último.²⁰ A un hegeliano ortodoxo se le ponen los pelos de punta con estas palabras. ¿Acaso las haciendas no deberían más bien promover “el bien

¹¹ Ídem, p. 142.

¹² Ídem, p. 120.

¹³ Ídem, p. 121.

¹⁴ Szabó (nota 2), p. 27.

¹⁵ Marx, “Debatten über die Preßfreiheit”, en: MEW Bd. 1, Berlin: Dietz, 1981, p. 58.

¹⁶ Marx (nota 5), p. 114.

¹⁷ Marx (nota 15), p. 58.

¹⁸ Marx (nota 5), p. 114.

¹⁹ Marx, “Brief an den Vater”, en: MEW Ergänzungsband 1 (= Bd. 40), Berlin: Dietz, 1968, p. 8.

²⁰ Marx (nota 5), p. 146.

común y la libertad pública”²¹ ¿Cómo pueden entonces cumplir su propósito poniéndose al servicio de un interés particular?

La respuesta de Marx a esta cuestión —solo insinuada en el artículo sobre el *hurto de madera* y luego desarrollada en detalle en los escritos de los años siguientes— marca la ruptura decisiva entre su concepción y el sistema de Hegel en términos de filosofía social y del derecho. Se trata de la relación entre la sociedad burguesa y el Estado, cuya separación conceptual es una de las grandes hazañas intelectuales de Hegel.

II. Sociedad burguesa y Estado

1. La perspectiva de Marx sobre la sociedad burguesa

Hegel califica de sociedad burguesa a la sociedad de mercado capitalista que solo se vislumbraba lejana en el horizonte alemán de 1820, año de publicación de la *Filosofía del Derecho*, y que se basaba en los principios de la propiedad privada, el interés privado, la competencia y la multiplicación de las necesidades. La dinámica destructiva de este nuevo tipo de formación social es desplegada por Hegel con admirable claridad.²² Marx retoma este análisis,²³ pero lo intensifica decisivamente. A diferencia de Hegel, ve en el sistema económico de la sociedad burguesa no una apariencia todavía imperfecta de lo general, sino una perversión del ser humano; en muchas de sus afirmaciones resuena inequívocamente la crítica radical de Rousseau a la modernidad.²⁴

Según Marx, la sociedad burguesa gira en torno al valor rector del egoísmo; cada uno trata al otro solo como un medio para promover sus propios fines privados.²⁵ Esto lleva a que cada productor vea en su producto “solo su *propio* interés objetivado”;²⁶ “cada producto es un cebo con el que se quiere atraer la esencia del otro, su dinero, hacia uno mismo, cada necesidad real o posible es una debilidad que quiere llevar a la mosca al palo de pegamento”.²⁷ No es de extrañar que en este sistema siempre exista la “intención de *saquear*, de *engañar*”, de perjudicar al otro en la emboscada.²⁸

²¹ Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Werke Bd. 7, Frankfurt: Suhrkamp, 1986, § 301 A (p. 469).

²² Ritter, *Metaphysik und Politik*, Frankfurt: Suhrkamp, 1988, p. 219 ss.; Riedel, *Studien zu Hegels Rechtsphilosophie*, Frankfurt: Suhrkamp, 1969, p. 119 ss.; Schnädelbach, *Hegels praktische Philosophie*, Frankfurt: Suhrkamp, 2000, p. 263 ss.

²³ Henrich, *Hegel im Kontext*, Frankfurt: Suhrkamp, 2010, p. 204; Ritter (nota 22), p. 275; Riedel (nota 22), p. 103.

²⁴ Wood, *Karl Marx*, New York: Routledge, 2.^a ed. 2004, p. XXIV. Sobre Rousseau Pawlik, “Hegels Kritik an der politischen Philosophie Jean-Jacques Rousseaus”, *Der Staat* 38 (1999), p. 32 ss.

²⁵ Marx, “Ökonomisch-philosophische Manuskripte”, en: MEW Ergänzungsband 1 (= Bd. 40), Berlin: Dietz, 1968, p. 557.

²⁶ Marx, “Mill-Exzerpte”, en: MEW Ergänzungsband 1 (= Bd. 40), Berlin: Dietz, 1968, p. 460.

²⁷ Marx (nota 25), p. 547.

²⁸ Marx (nota 26), p. 460; coincidente en el fondo *idem* (nota 25), p. 546 s.

En resumen, la vida en la sociedad burguesa es, según Marx, una lucha constante,²⁹ un *bellum omnium contra omnes*,³⁰ y esta sociedad en sí misma es la caricatura de una entidad común verdaderamente humana.

2. El papel del Estado y la primacía de la sociedad burguesa

Con el trasfondo del sombrío análisis de Marx sobre la sociedad burguesa, ¿cuál es el papel del Estado? En su respuesta a esta pregunta, Marx vuelve a diferir diametralmente de Hegel. Mientras este último sigue confiando en el Estado como administrador de lo general para domar las fuerzas potencialmente destructivas de la sociedad burguesa,³¹ Marx considera ilusoria la creencia en tal reconciliación.

En cuanto a su forma externa, 2 un Estado que haya liberado a sus ciudadanos de las ataduras de la sociedad mercantil y los reconozca a todos como libres sí se corresponde con su concepto,³² que, según una afirmación del primer Marx, así como de Hegel, ha de estar “constituido a partir de la razón de la libertad”.³³ Marx reconoce explícitamente que tal Estado encarna “la última forma de emancipación humana *dentro* del ordenamiento mundial precedente”.³⁴ Sin embargo, la generalidad del Estado sería irreal,³⁵ ilusoria.³⁶ Su límite, su punto ciego, por así decirlo, consistiría en que renunciaba —y debido a su dependencia de la sociedad burguesa, que se explicará en breve—, y también debería renunciar, a la penetración material en la esfera de esta última.³⁷ Más bien, trataría a la sociedad burguesa “como una *condición previa* que no tiene mayor fundamento”³⁸ y, por tanto, la dejaría fuera de su ámbito de competencia y regulación.³⁹ Con una apelación a los derechos humanos supuestamente inalienables, que concebirían al ser humano como una mónada aislada y retraída, que entenderían a la libertad como un derecho de segregación y considerarían al otro ser humano

²⁹ Marx (nota 26), p. 460 s.

³⁰ Marx, “Zur Judenfrage”, in: MEW Bd. 1, Berlin: Dietz, 1981, S. 356.

³¹ A modo de ejemplo Hegel, *Enzyklopädie* III, § 534, Werke Bd. 10, Frankfurt: Suhrkamp, 1986, p. 329.

³² Marx, “Briefwechsel mit Ruge”, en: MEW Bd. 1, Berlin: Dietz, 1981, p. 345.

³³ Marx, “Der leitende Artikel in Nr. 179 der ‚Kölnischen Zeitung‘”, en: MEW Bd. 1, Berlin: Dietz, 1981, p. 103. En mayor detalle Chitty, “The Basis of the State in the Marx of 1842”, en: Moggach (ed.), *The New Hegelians*, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 228 ss.

³⁴ Marx (nota 30), p. 356.

³⁵ Ídem, p. 355.

³⁶ Marx/Engels, “Deutsche Ideologie”, en: MEW Bd. 3, Berlin: Dietz, 1978, p. 34.

³⁷ Marx, “Kritik des Hegelschen Staatsrechts”, en: MEW Bd. 1, Berlin: Dietz, 1981, p. 232.

³⁸ Marx (nota 30), p. 369.

³⁹ Ídem, p. 354 s.

no como la realización, sino como la barrera a la libertad del titular del derecho,⁴⁰ el Estado, bajo el lema “libertad, igualdad, propiedad y Bentham”,⁴¹ habría sido, para colmo, celebrado por sus apologistas liberales en virtud de esta moderación.⁴²

Según Marx, el reconocimiento de una esfera privada, que se hace pasar por prepolítica o apolítica, lleva a que “el Estado pueda ser un *Estado libre* sin que el ser humano sea un *ser humano libre*”.⁴³ Por el contrario, es precisamente la república burguesa la que revela plenamente el carácter de clase del gobierno político.⁴⁴ En la “vida aérea”⁴⁵ de la semántica política y jurídica, el *citoyen* individual es considerado como un “miembro imaginario de una soberanía imaginaria”.⁴⁶ Su existencia real, en cambio, debe ganarse la vida en el duro terreno de una sociedad en la que él “considera a los demás como medios, se degrada a sí mismo a un medio y se convierte en el juguete de los poderes ajenos”.⁴⁷ De allí que, en la imaginación, los individuos bajo el dominio de la burguesía serían más libres que antes, pero en realidad serían “naturalmente menos libres, porque están más subsumidos en la violencia objetiva”.⁴⁸

Según Marx, es obvio qué lado domina al otro en estas condiciones. Solo la superstición política “imagina todavía hoy que la vida burguesa debería ser sostenida por el Estado”. En realidad, sería más bien la vida burguesa la que mantiene unido al Estado.⁴⁹ Visto a la luz del día, el Estado moderno, “que ha sido gradualmente comprado por los propietarios privados a través de los impuestos, se ha convertido completamente en un esclavo de ellos a través del sistema de deuda estatal, cuya existencia, en la subida y bajada de los valores del Estado en la bolsa, se ha vuelto totalmente dependiente del crédito comercial que los propietarios privados, los burgueses, le dan [...], no es más que la forma de organización que los burgueses [...] se dan necesariamente para la garantía mutua de su propiedad y de sus intereses”.⁵⁰ Precisamente por eso, los representantes de la burguesía en la Asamblea Provincial de Renania han cumplido su objetivo por medio del derecho

⁴⁰ Ídem, p. 364 s.

⁴¹ Marx, *Das Kapital*, Bd. 1, MEW Bd. 23, Berlin: Dietz, 1962, p. 189.

⁴² Marx (nota 30), p. 368 s.

⁴³ Ídem, p. 353.

⁴⁴ Marx, “Der achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte”, en: MEW Bd. 8, Berlin: Dietz, 1960, p. 140

⁴⁵ Marx (nota 37), p. 283.

⁴⁶ Marx (nota 30), p. 355.

⁴⁷ Ídem, p. 355

⁴⁸ Marx/Engels (nota 36), p. 76.

⁴⁹ Engels/Marx, “Die Heilige Familie”, en: MEW Bd. 2, Berlin: Dietz, 1962, p. 127 s.

⁵⁰ Marx/Engels (nota 36), p. 62.

penal con la ley de hurto de madera, según Marx. Han demostrado *ad oculos* el valor de la idea del derecho cuando colisiona con los intereses tangibles de los poderosos: es decir, nada.

III. Consecuencias para la teoría del derecho penal

1. La dualidad de las teorías de la pena

¿Qué significa para la teoría del delito y de la pena la duplicación de las sociedades modernas en un mundo real de conflictos de intereses individuales y la región etérea de una generalidad irreal? La consecuencia es que estas sociedades no pueden contentarse con *una* sola teoría de la pena, sino que necesitan dos teorías: una teoría de la prevención basada en una sólida protección de los intereses, que tenga en cuenta los principios estructurales y las expectativas de la sociedad burguesa, y una teoría de la retribución basada en la semántica idealista de la razón y la libertad. Para Marx, por tanto, el conflicto entre estos dos modelos de legitimación no se basa en una inadecuada penetración intelectual de la cuestión, de modo que pueda ser resuelto por una teoría maestra que eche por tierra todas las objeciones de uno u otro lado. Según Marx, la estructura dualista de la sociedad, de la que surgen las concepciones conflictivas, se refleja más bien en la controversia en el ámbito de la teoría del derecho penal. Por esto, ninguna de aquellas puede conceptualizar de forma exhaustiva la autocomprensión de la sociedad, sino que cada una tiene un flanco abierto hacia el que empuja la visión contraria con sus objeciones recogidas por Marx, ya sea en forma de la acusación de instrumentalización del delincuente planteada contra las teorías de la prevención, o ya sea en forma de la crítica dirigida contra la teoría de la retribución de no hacer más que añadir un segundo mal sobre el primero.

La vinculación de los enunciados de la teoría de la pena con las categorías de la teoría de la sociedad aumenta considerablemente el nivel de complejidad de la teoría de la pena. Sin embargo, esto no es un logro original de Marx. Hegel ya había situado la pena y la sociedad burguesa en un contexto sistemático. Para este último, por supuesto, no había duda de que era posible legitimar la pena racionalmente, es decir, de una manera que eliminara las contradicciones de las teorías convencionales. Esta confianza la sigue presuponiendo tácitamente Marx en el artículo sobre el *hurto de madera*, aunque solo sea para no asustar a sus lectores burgueses-liberales (y a los censores) con un exceso de radicalismo.⁵¹ Sin embargo, con la intensificación de la crítica de la sociedad de Marx,

⁵¹ Henning, Marx und die Folgen, Stuttgart: J. B. Metzler, 2017, p. 10.

esta se pierde definitivamente. ¿Cómo podría haber un castigo racional en una sociedad constitucionalmente irracional?

2. La pena como instrumento para la protección de intereses

Si se quita del rostro del Estado y de su derecho la máscara tejida con la semántica de la razón-generalidad, los derechos humanos y la dignidad humana, entonces, según Marx y Engels, se vería el rostro, marcado por el partidismo y la constante disposición a la crueldad,⁵² de un protector de la clase capitalista que domina la sociedad burguesa. El rasgo dominante de la sociedad burguesa sería el egoísmo. El derecho serviría de “seguro” para este egoísmo. Desde la perspectiva de la sociedad burguesa, solo existiría para “garantizar a cada uno de sus miembros la conservación de su persona, sus derechos y su propiedad”.⁵³ Por ello, su valor rector sería el concepto de seguridad pública.⁵⁴ Sin embargo, para la preservación de esta seguridad se necesitaría una fuerza pública, compuesta “no solo por hombres armados, sino también por apéndices materiales, cárceles y centros penitenciarios de todo tipo”, que aumentaría su poder represivo en la medida en que se intensifican los antagonismos de clase.⁵⁵

La tarea de la policía sería, en primer lugar, garantizar que la “guerra social de todos contra todos [...] siga siendo encubierta, indirecta” y “no degenera en violencia abierta, en delincuencia”.⁵⁶ Pero según este punto de vista, el derecho penal también debe permitirse ponerse al servicio de la tarea genuinamente de derecho policial de proteger bienes e intereses, algo que Marx reconoce con claridad.⁵⁷ En un artículo escrito en 1853 para el *New York Daily Tribune* —en aquel momento, por cierto, el periódico de mayor tirada del mundo y el salvavidas financiero de Marx y su familia⁵⁸— expresa esta consecuencia en una formulación que se parece mucho a la conceptualización de Rudolf von Jhering, que surgió más de veinte años después. Jhering considera que el “fin último del Estado, así como del derecho” —explícitamente también del derecho penal— es el “establecimiento y salvaguarda de las condiciones de vida de la sociedad”.⁵⁹ De un modo absolutamente coincidente, Marx afirma: “Si exponemos las cosas abiertamente y prescindimos de todos los circunloquios, la pena no es más que un medio de defensa de la sociedad contra la violación de sus condiciones de

⁵² Así, ya Marx (nota 5), p. 121.

⁵³ Marx (nota 30), p. 365 s.

⁵⁴ Ídem, p. 365 s.

⁵⁵ Engels, “Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats”, en: MEW Bd. 21, Berlin: Dietz, 1975, p. 166.

⁵⁶ Engels, “Zwei Reden in Elberfeld”, en: MEW Bd. 2, Berlin: Dietz, 1962, p. 541 s.

⁵⁷ Marx (nota 30), p. 365 s.

⁵⁸ Al respecto Stedman Jones (nota 1), p. 414.

⁵⁹ von Jhering, *Der Zweck im Recht*, Bd. 1, Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1904 (1.ª ed. 1877), p. 330, 345, 378, 399.

vida, sea cual sea su contenido”.⁶⁰ La vida es una lucha, la autoconservación individual y colectiva el interés más alto, la defensa de las propias condiciones de vida contra los agresores el objetivo final. En el anti-idealismo radical de esta concepción, la sociedad burguesa, según Marx, ha llegado plenamente a sí misma.

Dentro de este ámbito, el burgués, según Marx, se relaciona “con las instituciones de su régimen como el judío lo hace con la ley; las elude tantas veces como es factible, en cada caso individual, pero quiere que todos los demás las cumplan”.⁶¹ Según el sistema de valores de la sociedad burguesa, que, surgiendo del “alma pequeña, de madera, sin espíritu y egoísta del interés”,⁶² reduce todas las acciones al factor motivador del interés propio y hace del derecho el cazador de ratas que quiere exterminarlas,⁶³ la contribución del derecho penal a la lucha de los propietarios contra sus enemigos consistiría, por tanto, o bien en neutralizar el egoísmo que pone en peligro la seguridad de los bienes ajenos por medio de amenazas de sanciones suficientemente impresionantes⁶⁴ —el modelo de la disuasión-prevención general— o bien transformarlo de tal manera que ya no haya que temer de este un daño antijurídico de los intereses ajenos en el futuro —el modelo de la prevención especial—. Marx, que como estudiante ya había leído a Feuerbach —no solo al hijo, sino también al padre—, así como a Grolman,⁶⁵ estaba familiarizado con estos modelos de justificación, y también con la acusación de instrumentalización, que desde Kant se ha convertido en la objeción estándar contra aquellos. “La pena ha sido comúnmente defendida como un medio de corrección o intimidación. ¿Pero qué derecho tiene uno a castigarme para corregir o intimidar a otros?”.⁶⁶ La axiología de la lucha de intereses no puede conciliarse en absoluto con las axiologías rivales de la razón, la dignidad y la autodeterminación. Esto no impediría el éxito de la lógica de la prevención, porque, según Marx, los intereses son siempre más fuertes que las ideas.⁶⁷ El excedente normativo, que, aunque nacido en el vientre de la sociedad burguesa, según Marx apunta más allá de esta, asegura, sin embargo, que quienes pretenden aprehender la pena en categorías belicosas no pueden hacerlo con una conciencia totalmente limpia.

⁶⁰ Marx, “Die Todesstrafe”, en: MEW Bd. 8, Berlin: Dietz, 1960, p. 508.

⁶¹ Marx/Engels (nota 36), p. 163 s.

⁶² Marx (nota 5), p. 120.

⁶³ Ídem, p. 121.

⁶⁴ Ídem, p. 121.

⁶⁵ Marx (nota 19), p. 9.

⁶⁶ Marx (nota 60), p. 507.

⁶⁷ Engels/Marx (nota 49), p. 85 s.

Pero, según Marx, la propia gramática normativa de la sociedad burguesa también hace que tales interpretaciones parezcan equivocadas. Por un lado, la pena impuesta por razones preventivas ya fracasa en su propia pretensión de proporcionar más seguridad, ya que tanto las estadísticas como la historia demuestran que el mundo no ha mejorado ni se ha visto intimidado por la pena, ya desde Caín.⁶⁸ Por otro lado, el delincuente resultaría ser no solo un enemigo, sino por el contrario un miembro útil de la sociedad burguesa a su manera. Así, esta “produce no solo al delincuente, sino también al derecho penal, y con él al profesor que da clases sobre derecho penal y además al inevitable compendio de conferencias que ese mismo profesor lanza al mercado como ‘mercancía’. Así se produce el aumento de la riqueza nacional”.⁶⁹ Pero no solo el profesor, sino también “toda la policía y la justicia penal, los esbirros, los verdugos, los jurados, etc.” deben su existencia, según Marx, a la obra benéfica del delincuente, al igual que todas las ramas de la industria que buscan poner siempre nuevos obstáculos a los modos de agresión delictiva, desde la fabricación de cerraduras hasta la química práctica.⁷⁰ La filosofía conocía la productividad de la negación desde Hegel. Inferir de ello el beneficio económico de la actividad criminal, normalizar esta actividad, por así decirlo, es, en cambio, una de las aplicaciones más drásticas de la intención de Marx de transferir la visión de Hegel desde la esfera de la lógica a la de la realidad social tangible.

3. La pena como retribución abstracta

En *La sagrada familia*, *La ideología alemana* y en el artículo para el *New York Daily Tribune*, Marx considera la teoría del delito y de la pena de Kant, y sobre todo, de Hegel, como la versión más sutil del tipo de teoría retributiva que lleva a sus adherentes en las alas del espíritu idealista a una distancia segura sobre el terreno normativamente estéril de la sociedad burguesa. Marx elogia explícitamente el hecho de que, sobre la base del estado existente del mundo y del derecho, solo sus teorías tienen en cuenta la dignidad del delincuente. Al entender la pena como un derecho del delincuente y un acto de su propia voluntad, Hegel en particular —y el propio joven Marx, ha de añadirse— elevaría al delincuente por encima de la condición de mero objeto, de esclavo de la justicia, y lo reconocería como un ser libre que decide por sí mismo.⁷¹ Sin embargo, como era de esperar, Marx matiza inmediatamente este elogio con un “pero” de mucho peso. El reconocimiento que ofrece la teoría de la pena de Hegel es solo abstracto, es decir, tiene lugar únicamente “en la imaginación”.⁷²

⁶⁸ Marx (nota 60), p. 507.

⁶⁹ Marx, “Abschweifung (über produktive Arbeit)”, en: MEW Bd. 26.1, Berlin: Dietz, 1965, p. 363.

⁷⁰ Ídem, p. 363 s.

⁷¹ Marx (nota 60), p. 507 s.

⁷² Engels/Marx (nota 49), p. 190 (cita de allí); Marx (nota 60), p. 508.

Según Marx, este carácter abstracto quedaría demostrado por el hecho de que Hegel disuelve el acontecimiento real del delito y de la pena en un lenguaje de puro significado al estilizarlo como una aplicación de su “fórmula de consagración”⁷³ de afirmación, negación y negación de la negación. Es cierto que Marx incluye entre los grandes logros de Hegel el haber reconocido la negatividad como principio móvil y generador.⁷⁴ Pero esto —y más aún la reconciliación en forma de negación de la negación— solo se daría en un sentido “*abstracto, lógico, especulativo*” y, por tanto, se perdería la “historia *real* del ser humano”.⁷⁵ Marx aplica ahora esta crítica a la teoría del delito y de la pena de Hegel. Solo los ideólogos podrían imaginar que “los delitos se cometen por pura arrogancia contra un concepto, que los delitos no son más que la burla a los conceptos y que solo se castigan para satisfacer los conceptos lesionados”.⁷⁶

Sin embargo, Hegel está lejos de afirmar tal cosa. No se castiga al autor porque ha ridiculizado un concepto, sino porque ha negado fácticamente el reconocimiento a una encarnación de la libertad ajena. El hecho punible y la pena son, por tanto, acontecimientos *reales*, incluso según Hegel, pero se trata de una realidad *racional*, y las categorías de la lógica solo sirven para identificar sistemáticamente esta cualidad de la razón. Para Marx, en cambio, la negación de la negación en Hegel no es precisamente la confirmación del ser real, sino todo lo contrario, la confirmación del ser ilusorio.⁷⁷ Ya que, según la convicción de Marx, la realidad social y política existente es profundamente irracional, burlándose de la verdadera esencia del ser humano,⁷⁸ su fortificación contra las agresiones no puede ser otra cosa que irracional e ilusoria. El verdadero reproche de Marx a Hegel es, en este sentido, que ha transfigurado la sinrazón en expresión de la razón. Como “yeso especulativo” del antiguo *ius talionis*,⁷⁹ la teoría de Hegel se limitaría a sancionar las leyes de la sociedad existente mediante argumentos suprasensibles.⁸⁰ Exageraría el ordenamiento existente en lugar de desenmascararlo. La crítica del fundamento lógico de la teoría de la pena de Hegel se basa, pues, en una crítica radical a la pena en general, al menos en las condiciones de la sociedad burguesa.⁸¹

⁷³ Marx, “Das Elend der Philosophie”, en: MEW Bd. 4, Berlin: Dietz, 1977, p. 127.

⁷⁴ Marx (nota 25), p. 574

⁷⁵ Ídem, p. 570. Más detalles sobre este reproche *supra*.

⁷⁶ Engels/Marx (nota 36), p. 325.

⁷⁷ Marx (nota 25), p. 581.

⁷⁸ Marx (nota 37), p. 266.

⁷⁹ Engels/Marx (nota 49), p. 190.

⁸⁰ Marx (nota 60), p. 508.

⁸¹ Buchanan, Marx and Justice, London: Methuen, 1982, p. 72 s.

Según Marx, es sobre todo abstracto reemplazar al autor individual con sus motivos reales y las numerosas condiciones sociales que lo oprimen por la figura artificial vacía del “libre albedrío”.⁸² Tan poco como el derecho, el delito, parafraseado gloriosamente por Marx como la “lucha del individuo aislado contra las condiciones imperantes”,⁸³ surgiría de la pura arbitrariedad. “Más bien, tiene las mismas condiciones que esa dominación”.⁸⁴ Por tanto, las violaciones de los derechos serían generalmente el resultado de hechos económicos:⁸⁵ sobre todo del empobrecimiento masivo causado por el sistema económico capitalista,⁸⁶ junto con un egoísmo incitado por este sistema económico, pero que se dispara más allá de los límites de lo legalmente permisible. Marx, sin embargo, considera que la influencia determinante de estas circunstancias es sistemáticamente ocultada por la focalización del derecho penal en el “individuo aislado”⁸⁷ y en el acontecimiento delictivo inmediato, condensado en el pathos del “¡Puedes, entonces debes!”.⁸⁸

Que las teorías de la retribución son muy susceptibles a la ideología, sobre todo cuando aparecen con un *pathos* racional tan excesivo como es el caso de Hegel, es una constatación que, según Marx, ya no se podría ignorar con la conciencia tranquila. Sin embargo, como ocurre a menudo con Marx, su reproche a este respecto resulta ser extremadamente simplista y demuestra más el talento del autor para generar polémicas que su sentido de justicia frente a otros autores. Hegel, Köstlin y Hälschner son muy conscientes de la gran influencia que las condiciones económicas y sociales de un individuo ejercen sobre su tendencia a la criminalidad.⁸⁹ En una de sus conferencias, Hegel llega incluso a concederle al delincuente, empujado por la sociedad a una situación de pobreza irremediable, un derecho de necesidad y a poner en duda la razonabilidad de la pena que le impone el derecho.⁹⁰ Sin embargo, Hegel y sus discípulos no niegan la libertad de acción del delincuente. Como buenos idealistas, solo ven en la miseria y la desesperanza “causas externas” del delito,⁹¹ es decir, causas ante las que el individuo no está absolutamente indefenso, pero que puede superar con el correspondiente esfuerzo de voluntad. Engels discrepa vehementemente. “Si las causas que desmoralizan al trabajador actúan con más fuerza, más concentradas de lo habitual, él se convierte

⁸² Marx (nota 60), p. 508.

⁸³ Engels/Marx (nota 36) p. 312. Relativiza esta cuestión Wood (nota 24), p. 157.

⁸⁴ Ídem, p. 312.

⁸⁵ Marx, “Bevölkerung, Verbrechen und Pauperismus”, en: MEW Bd. 13, Berlin: Dietz, 1961, p. 492.

⁸⁶ Ídem, p. 490 ss.

⁸⁷ Engels/Marx (nota 36), p. 312.

⁸⁸ En este sentido Hollants (nota 3), p. 16 s., 45, 52, 62.

⁸⁹ Cf. Köstlin, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen: Laupp, 1845, p. 109, 115; Hälschner, *Preußisches Strafrecht*, 2. Theil, Bonn: Marcus, 1868, p. 292.

⁹⁰ Hegel, *Philosophie des Rechts* (Vorlesung von 1819/20), Frankfurt: Suhrkamp, 1983, p. 196.

⁹¹ Hegel, *Jenaer Systementwürfe III*, Hamburg: Meiner 1987, p. 215.

en un criminal con la misma certeza con la que el agua a ochenta grados de Réaumur pasa del estado de agregación goteable al aeriforme. El obrero, a través del trato brutal y embrutecedor de la burguesía, se convierte en una cosa sin voluntad como el agua y está sometido con la misma necesidad a las leyes de la naturaleza: en un determinado momento, en él cesa toda libertad”.⁹²

Por lo que se puede ver, Marx no hace una declaración de alcance comparable.⁹³ Sin embargo, en su opinión, no basta con considerar la pobreza opresiva como un factor atenuante de la pena o con intensificar los esfuerzos para rehabilitar a los delincuentes.⁹⁴ Más bien considera fundamentalmente erróneo imputarles las condiciones sociales existentes a los individuos como características y decisiones personales.⁹⁵ Por tanto —como formula Marx en *La sagrada familia*, la quintaesencia de un enfoque consecuentemente materialista— “no hay que castigar el delito contra el individuo, sino destruir los lugares de nacimiento antisociales del delito”.⁹⁶ Sin duda, todavía se reserva su propia valoración de esta declaración a la que se hace referencia aquí.⁹⁷ Sin embargo, en un artículo de periódico de 1859, afirma explícitamente: “Seguramente debe haber algo podrido en lo más íntimo de un sistema social que aumenta su riqueza sin reducir su miseria y en el que la delincuencia aumenta incluso más rápidamente que su población”.⁹⁸ Marx concluye su artículo sobre la pena de muerte, publicado seis años antes, con la pregunta retórica: “Pues, si los delitos, cuando se observan en gran número, muestran en su frecuencia y naturaleza la regularidad de los fenómenos naturales [...], ¿no es necesario —en lugar de glorificar al verdugo que se deshace de una hornada de criminales solo para volver a hacer sitio a otros nuevos— pensar seriamente en cambiar el sistema que engendra tales delitos?”.⁹⁹ Sin duda, para Marx esto no debe detenerse en la mera reflexión; pero él no quería exigirle la llamada a la revolución al público de periódicos burgueses estadounidenses.

4. Las manos vacías de la teoría de la pena

⁹² *Engels*, Die Lage der arbeitenden Klasse in England, en: MEW Bd. 2, Berlin: Dietz, 1962, p. 356.

⁹³ Según *Wood*, no hay nada en el materialismo histórico de Marx que lo comprometa a ver las acciones o los pensamientos humanos como determinados causalmente (*Wood* [nota 24], p. 117).

⁹⁴ *A. Maihofer* (nota 3), p. 205.

⁹⁵ *Ídem*, p. 238.

⁹⁶ *Engels/Marx* (nota 49), p. 138. Al respecto, Campbell, *An Analysis of Law in the Marxist Tradition*, Lewiston: Edwin Mellen Press, 2003, p. 45 s.

⁹⁷ *Ídem*, p. 138.

⁹⁸ *Marx* (nota 85), p. 492.

⁹⁹ *Marx* (nota. 60), p. 509.

En las condiciones de la sociedad burguesa, Marx ve así la teoría de la pena como algo que inevitablemente se queda con las manos vacías. En lo que finalmente fracasa, en su opinión, es en la tarea de combinar la incomodidad de la coerción penal con la autonomía del delincuente, el gran tema de las discusiones filosóficas sobre el fundamento y el fin de la pena desde Kant. El mundo de los “hombres de dinero”,¹⁰⁰ la sociedad burguesa, es una esfera de heteronomía *sans phrase*. La relación legal aquí es la relación del ser humano con leyes “que se le aplican no porque sean las leyes de su propia voluntad y esencia, sino porque *dominan* y porque su apostasía es *vengada*”.¹⁰¹ En la teoría de la retribución, en cambio, se respeta formalmente la autonomía del delincuente, pero de hecho se sustituye al individuo real por un producto artificial constructivo. Según Marx, este nudo no se puede desatar, sino solo cortar. Por tanto, el objetivo de Marx (y la lámina de fondo de su crítica) no es una sociedad en la que el castigo sea mejor —más humano—,¹⁰² sino una sociedad más allá del derecho penal.

IV. Castigar en una asociación de individuos libres

1. La sociedad del futuro: asociación en lugar de una corporación de dominio

La crítica, según una notoria declaración de Marx, “no es un cuchillo anatómico, es un arma. Su objeto es su enemigo, al que no quiere refutar, sino *destruir*”.¹⁰³ El enemigo, por tanto, es la sociedad burguesa junto con su superestructura estatal. Pero, ¿qué forma de comunalización humana pone Marx en su lugar, y qué espacio ocupa la pena en esta? Para caracterizar la sociedad del futuro, en la que, como al final del *Taugenichts* de Eichendorff, todo, todo es finalmente bueno, Marx no escatima en grandes palabras. Probablemente el más famoso de estos pasajes se encuentra en el *Manifiesto comunista*: “En lugar de la vieja sociedad burguesa, con sus clases y antagonismos de clase, aparece una asociación en la que el libre desarrollo de cada uno es la condición para el libre desarrollo de todos”.¹⁰⁴ En lo que Marx llama “comunidad real”, los individuos alcanzan así su libertad “en y por su asociación”¹⁰⁵ y no, como en la sociedad burguesa, fuera de esta.¹⁰⁶

¹⁰⁰ Marx (nota 30), p. 375.

¹⁰¹ Ídem, p. 375.

¹⁰² Buchanan (nota 81), p. 26.

¹⁰³ Marx, “Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie”, en: MEW Bd. 1, Berlin: Dietz, 1981, p. 380.

¹⁰⁴ Marx/Engels, “Kommunistisches Manifest”, en: MEW Bd. 4, Berlin: Dietz, 1977, p. 482.

¹⁰⁵ Engels/Marx (nota 36), p. 74.

¹⁰⁶ Sobre la idea de libertad de Marx, en detalle Henning/Thomä, “Was bleibt von der Deutschen Ideologie?”, en: Bluhm (ed.), Karl Marx/Friedrich Engels: Die deutsche Ideologie, Berlin: Akademie, 2010, pp. 214 ss.

Con estas formulaciones, que a primera vista parecen bastante enigmáticas, Marx se vincula tácitamente con la lectura radical de Rousseau sobre la autodeterminación humana. Al igual que Rousseau, Marx también se preocupa por la superación de toda dependencia,¹⁰⁷ aunque —en este aspecto va más allá que Rousseau— no solo en la esfera política, sino también en la esfera de la sociedad en su conjunto y por tanto especialmente en la esfera económica.¹⁰⁸ “Solo cuando el ser humano individual real retoma en sí mismo al ciudadano abstracto del Estado y se ha convertido en genérico como hombre individual en su vida empírica, en su trabajo individual, en sus relaciones individuales, solo cuando el ser humano ha reconocido y organizado sus *‘forces propres’* como fuerzas sociales y, por tanto, ya no separa la fuerza social de sí mismo en forma de fuerza política, solo entonces se logra la emancipación humana”.¹⁰⁹ Según Marx, la “forma del proceso social de la vida” solo se quitaría su “velo místico de niebla” cuando, como producto de personas libremente socializadas, está bajo su control consciente y planificado.¹¹⁰ Así, en la convivencia humana ya no existirían relaciones de dependencia que operasen bajo el velo de la naturalidad y estuviesen sustraídas al control social. Por el contrario, todas las relaciones de producción y tráfico se entenderían como “criaturas de los seres humanos precedentes”, es decir, como productos de la actividad humana, y se someterían al “poder de los individuos unidos”.¹¹¹

Una vez que la “forma burguesa de mente estrecha” ha sido despojada por el “poder transformador del *actus mysticus* revolucionario”^{112, 113} el camino está despejado, según Marx, hacia esa sociedad verdaderamente humana, es decir, comunista. En esta, la “subordinación servil de los individuos a la división del trabajo habrá desaparecido”;¹¹⁴ todos los individuos podrán, en cambio, desarrollarse como “individuos totales”,¹¹⁵ es decir, formarse y dedicarse a cualquier rama profesional.¹¹⁶ “En una sociedad comunista no hay pintores, sino como mucho gente que, entre otras

¹⁰⁷ *Engels/Marx* (nota 36), p. 37.

¹⁰⁸ *Cerroni*, Marx und das moderne Recht, Frankfurt: Fischer, 1974, p. 185 s., 242 ss.; *Lange*, “Verein freier Menschen, Demokratie, Kommunismus”, en: Angehrn/Lohmann (ed.), Ethik und Marx, Königstein: Hain, 1986, p. 111 ss.; *A. Maihofer* (nota 3), p. 98 ss.; *Landshut*, “Einleitung”, en: Karl Marx, Die Frühschriften, Stuttgart: Kröner, 1971, p. XXVI ss.; *Neuhouser*, “Marx (und Hegel) zur Philosophie der Freiheit”, en: Jaeggi/Loick (eds.), Nach Marx, Berlin: Suhrkamp, 2.^a ed. 2017, p. 41 s.; *Szabó* (nota 2), p. 42.

¹⁰⁹ *Marx* (nota 30), p. 370.

¹¹⁰ *Marx* (nota 41), p. 94.

¹¹¹ *Engels/Marx* (nota 36), p. 70; a su vez, es famoso *Marx*, Das Kapital, Bd. 3, MEW Bd. 25, Berlin: Dietz, 1964, p. 828.

¹¹² *Popitz*, Der entfremdete Mensch, Frankfurt: Europa, 1967, p. 147.

¹¹³ *Marx*, “Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie”, MEW Ergänzungsband 3 (= Bd. 42), Berlin: Dietz, 1983, p. 395 s.

¹¹⁴ *Marx*, „Kritik des Gothaer Programms“, in: MEW Bd. 19, Berlin: Dietz, 1987, S. 21.

¹¹⁵ *Engels/Marx* (nota 36), p. 68.

¹¹⁶ *Ídem*, p. 33.

cosas, también pinta”.¹¹⁷ Con la abolición de la división del trabajo y la superación del antagonismo de clase, el comunismo elimina no solo la propiedad privada, sino finalmente también el Estado político,¹¹⁸ transformándolo “de un órgano superior a la sociedad hacia uno completamente subordinado a esta”.¹¹⁹ De hecho, al convertirse en el representante de toda la sociedad, el Estado se vuelve superfluo, como explica Engels. “La administración de las cosas y la gestión de los procesos de producción ocupan el lugar del gobierno sobre las personas. El Estado no es ‘abolido’, muere”.¹²⁰

Pero esto no es suficiente. Según las promesas de su profeta, la “sociedad post-conflicto”¹²¹ comunista será también una sociedad de la abundancia; “todas las fuentes de riqueza cooperativa” “fluirán más plenamente” en esta.¹²² Teniendo en cuenta que, según Marx, el enorme aumento de la productividad de la sociedad burguesa se ha logrado precisamente perfeccionando el sistema de división del trabajo, pero que este sistema debe ser abolido bajo el comunismo, esto es, hablando con cautela, una esperanza extraordinariamente audaz.¹²³ Siguiendo a Moses Heß,¹²⁴ Marx se apoya decisivamente en el hecho de que, tras la superación de las condiciones alienantes, el trabajo ya no aparecerá como una compulsión externa, sino como una necesidad interior y una realización de la vida,¹²⁵ y la producción de bienes será “del ser humano para el ser humano como ser humano”.¹²⁶ Por consiguiente, el comunismo no funciona a menos que se produzca un cambio radical en la naturaleza humana.¹²⁷

Es este sueño esencialmente apolítico,¹²⁸ que confunde al derecho y la moral,¹²⁹ y que subestima de un modo casi fulminante la complejidad de las sociedades modernas¹³⁰ de una unidad social no

¹¹⁷ Ídem, p. 379.

¹¹⁸ Ídem, p. 364; Marx (nota 73), p. 182.

¹¹⁹ Marx (nota 114), p. 27.

¹²⁰ Engels, “Die Entwicklung des Sozialismus von der Utopie zur Wissenschaft”, en: MEW Bd. 19, Berlin: Dietz, 1987, p. 224. Una crítica justificada a la tendencia a la minimización de esta fórmula es realizada por Kelsen, *Sozialismus und Staat*, Leipzig: Hirschfeld, 1923, p. 105.

¹²¹ Forst, “Gerechtigkeit nach Marx”, en: Jaeggi/Loick (ed.) (nota 108), p. 119; en mayor detalle Buchanan (nota 81), p. 33 ss., 66 p.; de forma restrictiva Wood (nota 24), p. 26.

¹²² Marx (nota 114), p. 21.

¹²³ Kelsen (nota 120), p. 93; *Stedman Jones*, *Das Kommunistische Manifest*, München: Beck, 2012, pp. 224 ss.

¹²⁴ Lange, en: Angehrn/Lohmann (ed.) (nota 108), p. 120.

¹²⁵ Fetscher (nota 3), p. 73 s.; Rawls, *Geschichte der politischen Philosophie*, Frankfurt: Suhrkamp, 2012, p. 530.

¹²⁶ Marx (nota 25), p. 459.

¹²⁷ Kelsen (nota 120), p. 48, 93, 106 s., 110 s.; Buchanan (nota 81), p. 58.

¹²⁸ Forst, en: Jaeggi/Loick (eds.) (nota 108), p. 119; Iorio, *Einführung in die Theorien von Karl Marx*, Berlin: de Gruyter, 2012, p. 266.

¹²⁹ Rawls (nota 123), p. 532 s.

¹³⁰ Pinkard, “Hegels Naturalismus und die Zweite Natur”, en: Jaeggi / Loick (eds.) (nota 108), p. 221, 223; Quante, “Das gegenständliche Gattungswesen”, ídem, p. 84 s.; Popitz (nota 112), pp. 142 ss.

azotada por los problemas de la escasez, lo que Marx tiene en mente cuando pide el derrocamiento de todas las condiciones “en las que el ser humano es un ser degradado, subyugado, abandonado, despreciable” y su sustitución por un ordenamiento comunista en el que el ser humano sería el ser más elevado para el ser humano.¹³¹ Es cierto que la consecución de este verdadero “reino de la libertad”,¹³² además de una gran confianza histórico-filosófica,¹³³ requiere determinación y dureza.¹³⁴ Entre la sociedad capitalista y la comunista se encuentra el período de transformación revolucionaria de la una hacia la otra. Una revolución, sin embargo, es “lo más autoritario que existe; es el acto por el cual una parte de la población impone su voluntad a la otra parte por medio de las armas, las bayonetas y los cañones, es decir, por los medios más autoritarios imaginables; y el partido victorioso, si no quiere haber luchado en vano, debe dar permanencia a este dominio mediante el terror que sus armas infunden a los reaccionarios”.¹³⁵ Es indispensable, pues, “un período de transición política cuyo Estado no puede ser otro que la *dictadura revolucionaria del proletariado*”.¹³⁶ Los Estados del socialismo realmente existente, que sus apologistas han maquillado en una “unidad dialéctica de transición y estabilidad”,¹³⁷ han hecho un uso generoso de la autorización general contenida en estas palabras.¹³⁸

Pero incluso después de su establecimiento, la política comunista alberga un considerable potencial de violencia. Dado que la dialéctica del borrón y cuenta nueva de Marx considera que los avances jurídicos del pasado burgués —a saber, la categoría de los derechos individuales— no son (también) dignos de ser conservados, sino absolutamente prescindibles,¹³⁹ los miembros individuales de la sociedad están indefensos y a la merced de las demandas irracionales que se les dirigen en nombre de la asociación que los ha liberado.¹⁴⁰ Al fin y al cabo, incluso en un mundo “*peopled by lovers, or friends, or comrades*”,¹⁴¹ alguien tiene que decidir quién debe utilizar sus

¹³¹ Marx (nota 103), p. 385.

¹³² Marx (nota 111), p. 828.

¹³³ Forst, en: Jaeggi/Loick (eds.) (nota 108), p. 119.

¹³⁴ Crítico respecto de esta construcción, con razón, Kelsen (nota 120), p. 49.

¹³⁵ Engels, “Von der Autorität”, en: MEW Bd. 18, Berlin: Dietz, 1976, p. 308.

¹³⁶ Marx (nota 114), p. 2.

¹³⁷ Szabó (nota 2), p. 114.

¹³⁸ Con insistencia sobre esto Zabel, “Das Recht der postrevolutionären Gesellschaft”, en: Steinberg (ed.), Sozialistische Strafrecht und -praxis in Europa, Baden-Baden: Nomos, 2018, p. 75 ss.

¹³⁹ Buchanan (nota 81), pp. 24, 57 ss., 81; Stedman Jones (nota 123), p. 210; Zabel (nota 138), p. 88, 91; Campbell (nota 96), p. 35 ss. (sin embargo, este último, sin siquiera una pizca de distancia crítica).

¹⁴⁰ Buchanan (nota 81), p. 164 ss., 175; Neuhauser, en: Jaeggi/Loick (eds.) (nota 108), pp. 44 ss.; Quante, Der unversöhnte Marx, Münster: Mentis, 2018, p. 85; Stedman Jones (nota 1), p. 638; Kleszczewski, Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft, Berlin: Duncker & Humblot, 1991, p. 150.

¹⁴¹ Buchanan (nota 81), p. 76.

capacidades en qué lugar¹⁴² y qué necesidades dan testimonio de la verdadera libertad, es decir, de la comunitaria, y no, p. ej., de los reflejos de un pensamiento de lujo burgués superado;¹⁴³ una delimitación que es presupuesta por Marx pero que permanece totalmente indefinida por él.¹⁴⁴ Ya el alumno berlinés de Hegel, Eduard Gans, que se convertiría en un importante maestro para el joven Marx,¹⁴⁵ habló del peligro de una “servidumbre de supervisión” con respecto a la fórmula saint-simoniana “cada uno según sus capacidades”.¹⁴⁶ El mismo peligro emana de la visión de Marx de una sociedad comunista. Ni siquiera como utopía es atractiva.

2. La pena como redención

¿Qué será del delito y de la pena en la sociedad del futuro profetizada por Marx? En cualquier caso, la importancia de estas instituciones disminuirá considerablemente.¹⁴⁷ En una sociedad liberada de las lacras de la propiedad privada, de la escasez de bienes y de la división del trabajo, en la que se suprimiera la oposición del individuo contra todos los demás y en la que el interés público ya no difiriera del de cada individuo, desaparecerían las principales causas de la delincuencia:¹⁴⁸ el empobrecimiento de las clases bajas, por un lado, y la tendencia inherente a los sujetos económicos burgueses a aprovecharse de los demás por todos los medios, por otro. Así, al mismo tiempo, una serie de normas prohibitivas supuestamente talladas en piedra perderían su sentido y su razón de ser. “En una sociedad en la que se han eliminado los motivos para robar, en la que, por tanto, a la larga solo pueden robar los enfermos mentales como máximo, cómo se reiría el predicador moral que quisiera proclamar solemnemente la verdad eterna: ¡no robarás!”.¹⁴⁹

Según Marx, en una sociedad que confía en una “paz definitiva”¹⁵⁰ y en el bienestar autodeterminado de sus miembros, la coerción jurídica como tal estaría desacreditada, pues contradice, especialmente en su variante punitiva, una forma verdaderamente humana de relacionarse.¹⁵¹ Esta afirmación no es en absoluto evidente. Para Marx, una relación social es

¹⁴² Así, expresamente *Engels* (nota 135), p. 306 s. Críticamente *Kelsen* (nota 120), p. 48.; *Buchanan* (nota 81), p. 49.

¹⁴³ *Kelsen* (nota 120), p. 93 s.; *Buchanan* (nota 81), p. 49; *Stedman Jones* (nota 1), p. 638.

¹⁴⁴ *Henning/Thomä* (nota 106), p. 208 s.

¹⁴⁵ *Klenner*, *Vom Recht der Natur zur Natur des Rechts*, p. 73; *Szabó* (nota 2), p. 14.

¹⁴⁶ Citado según *Stedman Jones* (nota 1), p. 739; sobre el contexto teórico de esta afirmación *Bienenstock*, “Between Hegel and Marx”, en: *Moggach* (ed.), *Politics, Religion, and Art*, Evanston: Northwestern University Press, 2011, pp. 164 ss.

¹⁴⁷ *Campbell* (nota 96), pp. 46 ss., 58 ss.

¹⁴⁸ *Engels* (nota 56), p. 541 s.

¹⁴⁹ *Engels*, “Herrn Eugen Dührings Umwälzung der Wissenschaft”, en: MEW Bd. 20, Berlin: Dietz, 1975, p. 87.

¹⁵⁰ *Iorio* (nota 128), p. 266.

¹⁵¹ *Engels/Marx* (nota 49), p. 190. Aclaraciones en *Buchanan* (nota 81), p. 13; *Campbell* (nota 96), p. 45.

humana cuando sustituye un estado de supuesta naturalidad, en el que la facticidad del poder tiene la última palabra, por un orden de libertad real, colectivamente responsable y garantizado. ¿No es, entonces, al menos una coacción que —en términos vinculados a Kant— se oponga a su vez a un obstáculo a la libertad según las leyes generales,¹⁵² es decir, a una acción antijurídica, ya sea impidiendo la acción en cuestión o compensando el daño que causa, indispensable para preservar un estado de convivencia humana verdaderamente humano, determinado no por la fuerza natural, sino por la razón colectiva?¹⁵³ Y, ¿es realmente desaconsejable desde el principio responsabilizar a un miembro de la sociedad por su corresponsabilidad en el mantenimiento del orden de libertad existente también mediante la pena?¹⁵⁴ En Marx no hay respuestas a estas preguntas.¹⁵⁵ Él se ciñe a los acontecimientos externos: en la forma de la coacción me ocurre algo que no quiero, por lo que se trata de un acto heterónomo. Esta consideración, sin embargo, retrocede al nivel de fundamentación de Beccaria, que ya fue criticado por Kant.¹⁵⁶ Por otro lado, se aprovecha de la ganancia en sutileza argumentativa que se ha conseguido en las grandes décadas de la filosofía alemana, desde Kant hasta Hegel, bajo el reproche de un carácter abstracto distorsionador de la realidad. Para celebrar tal enfoque como progreso, hay que mostrar un grado extraordinariamente alto de consolidación ideológica.

Sin embargo, si uno sigue el concretismo de Marx, se ve conducido inevitablemente a un escepticismo radical respecto de la comprensión convencional de la pena. Queda entonces solo la posibilidad de tomar literalmente la afirmación hegeliana de que en la pena el delincuente debe ser elevado a la condición de juez de su propio delito y de considerar la pena como permisible solo en tanto ejecución de un deseo del propio castigado. Este es, en efecto, el camino que recorre Marx. El pasaje decisivo de *La sagrada familia* es el siguiente: “En condiciones *humanas*, en cambio, la pena no será *realmente* otra cosa que el juicio del culpable sobre sí mismo. No se le querrá convencer de que una *violencia externa* ejercida sobre él por otros es una violencia que él mismo ha ejercido sobre

¹⁵² Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Akademieausgabe Bd. 6, Berlin: De Gruyter, 1968, p. 231.

¹⁵³ Kelsen (nota 120), p. 48, 109 s.

¹⁵⁴ Esta determinación de la tarea de la pena se encuentra desarrollada en mayor detalle en: Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, p. 99 ss.; ídem, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, Baden-Baden: Nomos, 2017, pp. 35 ss., 51 ss.

¹⁵⁵ El “optimismo idiosincrásico” de la despedida del derecho de Marx también es lamentado por Iorio (nota 128), p. 102.

¹⁵⁶ Cf. Kant (nota 152), p. 335.

sí mismo. En los *otros* seres humanos, por el contrario, encontrará a los redentores naturales de la pena que se ha infligido a sí mismo, es decir, la relación será prácticamente inversa”.¹⁵⁷

En su romanticismo, esto suena casi demasiado bueno para ser verdad.¹⁵⁸ Sin embargo, si lo traducimos a un lenguaje menos exaltado, el resultado se presenta mucho más alarmante. El condenado no solo debe soportar la pena, sino también dar las gracias por lo que se le ha hecho. Si no está dispuesto a hacer esto último, demuestra que carece de la madurez de un miembro de la asociación de personas verdaderamente libres, lo que —considerado consecuentemente hasta el final— es una razón para que se le siga castigando o, en todo caso, para que se le reeduce o se le someta a un tratamiento psiquiátrico.¹⁵⁹ Así, una teoría que, en nombre de una libertad radicalmente entendida, no está dispuesta a tolerar ninguna diferencia, ninguna privacidad, se convierte inevitablemente en la práctica política en un control total de los miembros individuales de la asociación. Lo mismo le había ocurrido a Rousseau antes de Marx;¹⁶⁰ Hegel lo analizó ampliamente la *Fenomenología*,¹⁶¹ el libro que Marx consideraba como el más importante que había escrito.¹⁶² El hecho de que Marx repitiera, sin embargo, la aberración de Rousseau no constituye ni una tragedia teatral, pues sus héroes quedaron libres de culpa, ni una mera farsa,¹⁶³ pues las consecuencias de la aberración de Marx fueron demasiado graves para ello, sino una tragedia burguesa con todas las letras.

¹⁵⁷ *Engels/Marx* (nota 49), p. 190.

¹⁵⁸ *A. Maihofer* (nota 3), p. 205.

¹⁵⁹ *Eßbach*, “Max Stirner – Geburtshelfer und böse Fee an der Wiege des Marxismus”, en: Bluhm (ed.) (nota 106), p. 172, quien señala que Max Stirner ya había reconocido este peligro en 1844.

¹⁶⁰ Al respecto *Pawlik* (nota 24), pp. 36 ss.

¹⁶¹ Según *Marx*, esta obra sería el “lugar de nacimiento de la filosofía hegeliana” (*Marx* [nota 25], p. 572).

¹⁶² *Hegel*, *Die Phänomenologie des Geistes*, Werke Bd. 3, Frankfurt: Suhrkamp, 1986, pp. 432 ss.

¹⁶³ Cf. la famosa frase introductoria en: *Marx* (nota 44), p. 115.

LA PRESUNCIÓN DE AUTORIDAD DEL SOBERANO (TAMBIÉN CONOCIDA COMO PRESUNCIÓN DE INOCENCIA)

Peter RAMSEY* **

Fecha de recepción: 6 de noviembre de 2020

Fecha de aceptación: 18 de febrero de 2021

Resumen

En este artículo, sostengo que la mejor manera de entender la presunción de inocencia es como la presunción de que el soberano detenta autoridad política incuestionada. Tomo tres fundamentos de la presunción ya presentados por algunas Cortes Constitucionales y, en la literatura académica, por autores como Duff, Nance, Ho, Lee y Kitai. Sobre estas bases, se tiende a explicar el valor de la presunción desde el punto de vista de los intereses de los ciudadanos particulares. Sin discrepar, en sus propios términos, de lo que plantean sus argumentos, sostengo que se tornan más convincentes cuando se los mira desde el punto de vista de la autoridad política del soberano. A mi entender, la presunción de inocencia sirve para institucionalizar la normalidad de obedecer la ley y la integridad política del cargo del soberano y que, al hacerlo, constituye una forma de autoridad política del soberano y una característica común en diferentes tipos específicos de soberanías.

Title: The Sovereign's Presumption of Authority (also known as the Presumption of Innocence)

Abstract

In this paper, I argue that the presumption of innocence is best understood as a presumption that the sovereign enjoys unchallenged political authority. I take up three different rationales for the presumption of innocence already offered by constitutional courts and, in the academic literature, by writers including Duff, Nance, Ho, Lee and Kitai. These rationales tend to explain the presumption from the standpoint of the law's subjects as individuals. Without disagreeing with

* Profesor de Derecho en la London School of Economics and Political Science. Agradezco a Bowen Zhang por su ayuda en la investigación para este artículo. También doy las gracias a Federico Picinali, Jeremy Horder, Abenaa Owusu-Bempah, Jo Murkens, Lindsay Farmer, Malcolm Thorburn, Alan Norrie Mattia Pinto y, especialmente, a Martin Loughlin y Stephanie Classmann por comentar y criticar las versiones anteriores. Las equivocaciones y opiniones son mías.

** Traducción del inglés de Flora Bosch (traductora técnica-científica y literaria en idioma inglés en la ENS en Lenguas Vivas S. B. de Spangenberg) y Marcos Aldazabal (abogado, UBA/London School of Economics and Political Science). Título original del artículo: "The Sovereign's Presumption of Authority (also known as the Presumption of Innocence)", publicado en LSE Legal Studies Working Paper, n.º 15/2020, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3743730#. Se mantuvo el formato de citas del original.

them in their own terms, I argue that each becomes more compelling once viewed from the standpoint of the sovereign. I argue that the presumption of innocence serves to institutionalise the normality of obedience to the law and the integrity of the office of the sovereign, and that, in so doing, the presumption of innocence constitutes a form of political authority, and a generic characteristic of different types of sovereignty.

I. Introducción

La presunción de inocencia en juicios penales está jurídicamente establecida como un derecho humano¹ y es una regla de prueba muy consagrada en el derecho anglosajón. El máximo tribunal inglés la declaró el “hilo de oro” que atraviesa “el tejido del derecho penal de Inglaterra”.² La apreciación extendida es que la presunción de inocencia es una de las características que definen el derecho penal.

En la literatura del derecho anglosajón, hay un debate sobre el alcance de la presunción de inocencia. Se discute acerca de cuáles de las reglas que limitan el poder de la policía y la fiscalía en el proceso penal pueden entenderse como institucionalizaciones de la presunción y hasta qué punto esta debería extenderse. En su sentido más limitado, siempre se ha creído que la presunción pone la carga de la prueba en el fiscal (el acusado es “inocente hasta que se pruebe lo contrario”) y que exige un estándar de prueba alto en juicios penales. Por más de dos siglos, ese estándar ha exigido pruebas “más allá de toda duda razonable”.³ Por lo tanto, podríamos decir que la presunción de inocencia, en sentido “limitado”, es una presunción fuerte. Una concepción más amplia sugiere que la presunción exige reglas que eviten que, antes de una eventual condena, se trate a los sospechosos y a los acusados como si fueran culpables.⁴ En las jurisdicciones del *common law*, se sigue debatiendo el alcance exacto de esta concepción más amplia.⁵ En las jurisdicciones del derecho continental, siempre se ha entendido a la presunción de inocencia en este segundo sentido⁶.

¹ Convención Europea de Derechos Humanos, art. 6.

² *Woolmington v DPP* [1935] AC 462, p. 481.

³ LANGBEIN, *The Origins of the Adversary Criminal Trial*, Nueva York, Oxford University Press, 2003, pp. 261-266.

⁴ Para obtener más información sobre la concepción “limitada” y la “amplia”, véase ASHWORTH, “Four Threats to the Presumption of Innocence”, en *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 10, 2006, pp. 241, 243-249.

⁵ Véase, p. ej., HO, “The Presumption of Innocence as a Human Right”, en ROBERTS y HUNTER (eds.), *Criminal Evidence and Human Rights*, Oxford, Hart, 2012; Lippke, *Taming the Presumption of Innocence*, Oxford University Press, 2016; OWUSU-BEMPAH, *Defendant Participation in the Criminal Process*, Nueva York, Routledge, 2017; Stumer, *The Presumption of Innocence: Evidential and Human Rights Perspectives*, Oxford, Hart, 2010, cap. 3.

⁶ Véase nota al pie 16.

En las cortes en las que rige el *common law*, se ha tendido a considerar a la carga y al estándar de prueba como cuestiones de la “justicia natural” o la imparcialidad procesal.⁷ Esta concepción estrecha de la presunción sirve para evitar que un acusado se vea forzado a desmentir acusaciones⁸ —situación que se considera repugnante al orden jurídico— y ayuda a asegurar que el proceso sea justo, al requerir que el tribunal que se expide sobre los hechos juzgue solo sobre la base de la prueba presentada.⁹ En un fallo destacado, la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que “una sociedad que valora el buen nombre y la libertad de cada individuo no deberá condenar a un hombre por cometer un delito cuando existe una duda razonable acerca de su culpabilidad”.¹⁰ Esta doctrina apunta a uno de los fundamentos filosóficos de mayor peso sobre la presunción: la idea kantiana de que el Estado debe respetar la dignidad de las personas como norma deontológica. Esto significa que todo individuo tiene el derecho a ser tratado como irreproachable hasta que se demuestre que no lo es.¹¹

El respeto por la dignidad de la persona como un fin en sí misma opera, además, como respaldo de un fundamento adicional de la exigencia de un estándar de prueba elevado. Se reconoce que un estándar de prueba elevado lleva a más absoluciones erróneas que uno más bajo —lo que trae como consecuencias negativas una mayor dificultad de hacer justicia y una mayor reincidencia de delinquentes absueltos—. Sin embargo, a favor de la presunción de inocencia, se sostiene que es preferible que el Estado no logre hacer justicia cuando absuelve a un culpable que al condenar a un inocente.¹²

A pesar de la autoridad establecida de la que goza el estándar de “más allá de toda duda razonable”, en los últimos años algunos autores consecuencialistas han criticado sus fundamentos. Han cuestionado la distinción categórica entre cometer una injusticia y no hacer justicia; también han sostenido que, aunque los argumentos deontológicos o retributivos a favor de poner la carga de la prueba sobre el acusador en un juicio penal son lógicos, no son suficientes para explicar el alto estándar de prueba que se le exige al fiscal. Lo que se critica es que este aumenta el número de absoluciones erróneas (lo que resulta en que no se haga justicia y se incremente la reincidencia), sin

⁷ Véase, p. ej., Lord DIPLOCK en *Ong Ah Chuan v Public Prosecutor* [1981] AC 648, 671.

⁸ *Sheldrake v DPP* [2005] UKHL 1, at [292]-[293] (por Lord BINGHAM).

⁹ *Taylor v Kentucky* 436 US 478, 485 (1978).

¹⁰ *In re Winship* 397 US 358 (1970), at [363].

¹¹ Para una argumentación detallada, véase STEWART, “The Right to be Presumed Innocent”, en *Crime Law and Philosophy*, vol. 8 (2), 2014, pp. 407-420. Véase ASHWORTH, “Four Threats to the Presumption of Innocence”, en *The International Journal of Evidence & Proof*, vol. 10, 2006, pp. 241-279, 249; CAMPBELL “Criminal labels, the European Convention on Human Rights and the Presumption of Innocence”, en *Modern Law Review*, vol. 76 (4), 2013, p. 691.

¹² DUFF, *Answering for Crime*, Hart, 2007, p. 196.

evitar todas las condenas injustas.¹³ Estas inquietudes deontológicas solo podrían resolverse con un estándar de certeza poco realista. Por lo tanto, no pueden tomarse como decisivas a la hora de determinar el estándar de prueba preciso. En cambio, deberían usarse estimaciones consecuencialistas que maximicen el bienestar como consecuencia de haber encontrado un estándar basado en la evidencia que minimice el daño tanto de las condenas injustas como de las absoluciones erróneas.

Este debate, que está en curso, involucra una variedad de posiciones y argumentos diferentes, que se basan, sobre todo, en los recursos de la filosofía moral, aunque también presentan argumentos derivados de la idea del contrato social¹⁴. Mi propósito no es abordarlo en sus propios términos, sino presentar una interpretación alternativa de la presunción de inocencia basada en una concepción de la autoridad política. Sostengo que, con esta alternativa, se podría explicar el estatus elevado que tiene la presunción de inocencia fuerte —y el estándar de prueba que esta demanda—, independientemente de todos los argumentos derivados de la filosofía moral.

En concreto, sostendré que la presunción *legal* de la inocencia del acusado en un juicio penal es la expresión institucional de una suposición *política* de la existencia de la autoridad del soberano. Sobre esta base, la presunción de inocencia fuerte es una condición necesaria para la autoridad de todo el proceso de justicia penal, lo que explica su estatus legal sin importar las debilidades que pueda tener en otros aspectos. Esta manera de entender la presunción de inocencia complementa las teorías sobre el derecho penal sustantivo y el castigo por parte del Estado que buscan explicarlos y justificarlos como aspectos de la autoridad política del Estado.¹⁵

La argumentación que elaboraré tiene una limitación importante. El foco está en la interpretación más estrecha de la presunción, propia del *common law*: la que sostiene que la presunción exige la carga y el exigente estándar de prueba que se encuentran en la doctrina del derecho anglosajón. Por lo tanto, no exploro lo que esta teoría podría decir sobre las derivaciones de la presunción más allá de lo que hace a la carga y al estándar de prueba en un juicio penal. Además, como se manifestó, con estas afirmaciones no puedo presentar fundamentos para la presunción tal

¹³ Véase EPPS, “The Consequences of Error in Criminal Justice”, en *Harvard Law Review* vol. 128(4), 2015, pp. 1065, 1139.

¹⁴ Para reseñas exhaustivas del debate reciente, véase PICINALI, “Can the Reasonable Doubt Standard be Justified? A Reconstructed Dialogue”, en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 31(2), 2018, p. 365; WALEN, “Proof beyond a Reasonable Doubt: A Balanced Retributive Account”, en *Louisiana Law Rev.*, vol. 76 (2), 2015, p. 355.

¹⁵ Véase, p. ej., THORBURN, “Punishment and Public Authority”, en du BOIS-PEDAIN, ULVANG y ASP (eds.), *Criminal Law and the Authority of the State*, Cambridge, Hart, 2017; RAMSAY, *The Insecurity State: Vulnerable Autonomy and the Right to Security in the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012; BRUDNER, *Punishment and Freedom*, Oxford University Press, 2009; CLASSMANN, “Criminalisation as Political Representation”, trabajo no publicado, 2019.

como se la concibe en el derecho continental. Es que dicha interpretación es diferente al entendimiento más estrecho de suficiencia de evidencia que se encuentra en el derecho anglosajón, ya que provee límites sustantivos y procedimentales al tratamiento de los acusados.¹⁶ Asimismo, la carga y el estándar de prueba no se aplican a los sistemas inquisitivos de la misma manera que a los sistemas adversariales.¹⁷ Los sistemas inquisitivos interpretan que poner la carga de la prueba en cabeza del fiscal incluye tres reglas. Primero, impide tratar al acusado como si fuera culpable. Segundo, implica reconocer el principio *in dubio pro reo*. Tercero, requiere que los jueces motiven por escrito por qué priorizan algunas pruebas sobre otras. Sin embargo, pareciera probable que, si se las considera juntas, estas reglas pueden dar forma a la soberanía del Estado de maneras similares a las que desarrollaré a continuación sobre la presunción en el *common law*. No obstante, todavía no estoy en posición de desarrollar esa afirmación.

Espero que la discusión teórica que presento sea una introducción para entender mejor la realidad histórica del sistema penal. Al explicar las doctrinas del derecho penal como los aspectos jurídicos de la autoridad política, puede que comprendamos mejor por qué, en la práctica, la justicia penal es opresiva e innecesariamente dañina. Si el derecho penal es sobre todo una cuestión de la autoridad política del soberano, entonces las limitaciones y los defectos de la autoridad deberían ser una fuente importante de contradicciones y debilidades en la práctica de la justicia penal. Sin embargo, en esta introducción teórica, mi contribución a este proyecto se limitará a explicar un componente clave del proceso penal en esos términos.

Para establecer la conexión entre la presunción de inocencia y la autoridad política del soberano, voy a comenzar por tratar tres principios que han aparecido en casos importantes y que la literatura académica ya ha estudiado. Cada uno hace referencia a aspectos políticos distintivos de la presunción, pero, al igual que la mayoría de los argumentos a favor de una presunción de inocencia fuerte, ponen el foco directamente en los intereses de los ciudadanos como individuos y en la manera en la que la presunción protege esos intereses. Voy a sostener que estos tres principios se vuelven más convincentes cuando las problemáticas que abordan se consideran desde el punto de vista de la soberanía del Estado y no desde el de la ciudadanía.

¹⁶ Véase QUINTARD-MORENAS, "The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions", en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 58 (1), invierno de 2010, p. 107.

¹⁷ Puede encontrarse un debate en WEIGEND, "Assuming that the Defendant Is Not Guilty: The Presumption of Innocence in the German System of Criminal Justice", en *Criminal Law and Philosophy*, vol. 8, 2014, pp. 285, 290-293.

La Corte Suprema de Canadá sugirió la primera línea de argumentación en el caso *Oakes*, cuando se aproximó a la idea del derecho kantiano a no ser reprochado bajo una luz un poco diferente a la usual al observar lo siguiente: “La presunción de inocencia confirma nuestra fe en la humanidad; refleja nuestra creencia en que, hasta que se demuestre lo contrario, debe considerarse a los individuos como miembros decentes de la sociedad, que cumplen la ley”.¹⁸ Duff elaboró una idea similar: propuso que la presunción es una forma de “confianza cívica” institucionalizada, en la que, de manera colectiva, damos por sentado que todos somos racionales, presunción sin la cual no podríamos vivir juntos en una “república que funcione bien”.¹⁹ A su vez, Duff se basó en los argumentos de Nance acerca de la ventaja funcional de que las normas prescriptivas requieran, al menos, de un grado moderado de confianza.²⁰

La segunda y la tercera líneas argumentales están muy relacionadas. La Corte Suprema de los Estados Unidos recurrió a estas en el caso *Re Winship*:

... es indispensable el uso del estándar de duda razonable para ganar el respeto y la confianza de la comunidad a la hora de aplicar el derecho penal. Es fundamental que un estándar de prueba que genera dudas acerca de si se está condenando a hombres inocentes no debilite la fuerza moral del derecho penal. En nuestra sociedad libre, también es importante que cada individuo ocupado en sus asuntos personales tenga la seguridad de que el Estado no puede declararlo culpable de un delito penal sin antes convencer a un juez idóneo de esa culpabilidad con la mayor certeza.²¹

En la misma línea, la Corte Constitucional de Sudáfrica declaró que “la presunción de inocencia [...] no solo sirve para proteger a un individuo particular en un juicio, sino también para preservar la confianza pública en la integridad y seguridad perdurables del sistema legal”.²²

Estos precedentes judiciales tienen dos factores analíticos separados, que voy a tratar como argumentos distintos. Un factor es mantener la confianza de los ciudadanos individuales. Sin embargo, la confianza pública en la integridad del sistema depende de una función particular

¹⁸ *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R 103, p. [29].

¹⁹ DUFF, “Who Must Presume Whom to be Innocent of What?”, en *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, vol. 42, 2013, pp. 170, 179.

²⁰ NANCE, “Civility and the burden of proof”, en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 17(3), verano de 1994, p. 647.

²¹ *In re Winship* 397 US 358 (1970), 364.

²² *State v Coetzee* [1997] 2 LRC 593, 677.

anterior de la presunción, que impone el peso de la responsabilidad por las acusaciones contra los individuos en el Poder Ejecutivo. Voy a empezar con esta función previa.

Ho²³ desarrolló la idea del juicio penal y la presunción de inocencia como un proceso que consiste en pedir explicaciones al Poder Ejecutivo; sostiene que no cumplir con la carga de la responsabilidad de justificar sus acciones atenta contra la libertad política. Lee y Kitai, entre otros,²⁴ han presentado, de distintas maneras, un argumento adicional que sostiene que, para mantener la confianza pública, es necesaria una presunción de inocencia fuerte, precisamente porque asegura la respuesta del Poder Ejecutivo por sus decisiones.

Voy a abordar cada una de estas tres teorías normativas sobre la presunción y a reanalizarlas desde el punto de vista del soberano que domina el proceso penal. El objetivo es demostrar que esta limitación del Poder Ejecutivo —que es deseable en lo normativo y que sirve para mantener la civilidad y para que responda por las acusaciones y la coerción que ejerce— es una consecuencia de la autoridad del soberano y es la forma jurídica requerida por la presunción de soberanía. Cuando una corte penal presume la inocencia de un acusado hasta que la fiscalía pruebe lo contrario, está presumiendo que la soberanía del Estado es real y efectiva.

En la sección II, voy a esbozar la idea de la presunción de inocencia como una cuestión de confianza mutua entre los habitantes de una comunidad política y de civilidad y voy a estudiarla desde el punto de vista de la soberanía. En las secciones III y IV, haré lo mismo con la responsabilidad del Poder Ejecutivo y con la confianza pública, respectivamente. Esas tres secciones son el núcleo de la argumentación. En la sección VI, haré un resumen de la teoría y argumentaré que la presunción de inocencia es común a todos los tipos de autoridad política soberana.

²³ HO, “LIBERALISM AND THE CRIMINAL TRIAL”, EN *Singapore Journal of Legal Studies*, 2010, P. 87. HO ha sido quien más ha profundizado el argumento, pero está lejos de ser el único. Para más ejemplos, véase STUMER, *supra* nota 5, p. 38; WELLS y QUICK, *Lacey, Wells and Quick: Reconstructing Criminal Law*, 4.ª ed., Cambridge University Press, 2010, pp. 73-74.

²⁴ VÉASE LEE, “DEONTOLOGY, POLITICAL MORALITY, AND THE STATE”, EN *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 8, 2011, pp. 385, 397-401; KITAI, “PROTECTING THE GUILTY”, EN *Buffalo Criminal Law Review*, 2003, PP. 1163, 1164; REIMAN Y VAN DEN HAAG, “ON THE COMMON SAYING THAT IT IS BETTER THAT TEN GUILTY PERSONS ESCAPE THAN THAT ONE INNOCENT SUFFER: PRO AND CON”, EN *Social Philosophy & Policy*, VOL. 7(2), 1990, PP. 226, 230-234; VÉASE TAMBIÉN STUMER, *supra* NOTA 5.

II. El principio de civilidad y la normalidad de la obediencia

1. “Confianza cívica” o el “principio de civilidad”

Duff trata la presunción de inocencia como una institución que refleja cierto grado de “confianza cívica”. El autor sostiene que “una confianza cívica moderada” es “fundamental para la ciudadanía en una república que funciona bien”.²⁵ La confianza cívica es moderada porque no requiere que confiemos en los otros ciegamente y que, por eso, no tomemos ninguna medida para protegernos del delito (como cerrar la puerta con llave o asegurarnos de manera básica). En cambio, la confianza cívica significa que, en circunstancias normales, no presumamos que otras personas específicas quieren dañarnos o están a punto de atacarnos. Dicha confianza nos marca que debemos tener una buena razón para reaccionar ante los desconocidos con los que interactuamos como si tuvieran una intención hostil hacia nosotros. Según Duff, este requisito nace de un respeto mutuo por nuestra agencia moral. Esta confianza cívica moderada significa “confiar en que tanto el otro como nosotros mismos vamos a responder con la razón” y que “nos tratamos como agentes que pueden reconocer las razones apropiadas para la acción y que pueden guiarse por estas”. También agrega lo siguiente: “Esas razones suelen ser morales, en particular, razones morales para no atacar al otro. Pero también están las razones prudenciales, en las que se basa el castigo disuasivo: confiamos en la idea de que un castigo futuro nos disuade”.²⁶

Quiero desarrollar esta última idea, ya que sostiene que al extenderle esta “confianza cívica moderada” a un individuo estamos presumiendo cuál es la actitud de esa persona respecto de la amenaza de castigo que se encuentra en el derecho penal y, por ende, estamos haciendo una presunción sobre la autoridad de las órdenes del soberano.

Duff cita la descripción análoga de Dale Nance sobre la presunción jurídica de inocencia como un mecanismo para institucionalizar el “principio de civilidad”.²⁷ Este último contrasta las presunciones que hacen los “optimistas” y los “pesimistas” sobre la conducta probable de los otros y se preocupa por explicar por qué sería racional que las personas hagan presunciones moderadamente optimistas acerca del comportamiento de los demás. Al hacerlo, presenta dos razones que explican por qué el proceso penal debe dar por sentado que las personas no han actuado en contra del

²⁵ DUFF, *supra* nota 19, pp. 170, 179. En este artículo, DUFF se encarga del uso de la presunción de inocencia fuera del juicio penal. Sin embargo, veremos que el fundamento sirve para su uso en este tipo de juicio.

²⁶ DUFF, *supra* nota 19, p. 181.

²⁷ NANCE, *supra* nota 20, p. 647.

ordenamiento jurídico. La primera surge del carácter dual que tiene cualquier cosa que se precie de ser una norma moral impuesta por el derecho. Nance explica que estas normas:

... sin duda son prescriptivas, pero también suelen ser descripciones acertadas, al menos sobre una base estadística general [...]. Si se viola una norma de manera rutinaria, va a parecer vacía y, de a poco, va a perder cualquier fuerza moral real [...]. Esta característica evolutiva, que tiende a asegurar la precisión descriptiva de las normas serias, es, en sí misma, un motivo para presumir del modo en que lo hacen los optimistas, ya que maximiza la probabilidad *ex ante* de precisión y, como consecuencia, la probabilidad de una interacción social exitosa. En esto, las normas sociales tienen los mismos mecanismos que las proposiciones de hecho, generales o abstractas.²⁸

Si la regla es que lo correcto es abstenerse de matar intencionalmente a otros sin causa, entonces hacerlo no solo es reprochable desde un punto de vista moral, sino también excepcional desde el punto de vista empírico.

El segundo motivo que da Nance por el cual el Estado debe tomar el punto de vista optimista es una de la razones de la veracidad del primero. La suposición de que las normas morales son también las empíricas tenderá a cumplirse:

La que pretendemos que sea nuestra conducta, aun cuando no lo es, puede serlo debido a la pretensión. Las expectativas impuestas en las personas para que estén a la altura de cierto estándar pueden aumentar la frecuencia con la que cumplan ese estándar, incluso cuando no haya sanciones efectivas si no lo hacen. Creo que cualquiera que haya sido padre o maestro, o que haya participado en un proyecto grupal, entenderá la fuerza de esta afirmación.²⁹

Para Nance, estos motivos establecen una obligación ética “a presumir el cumplimiento con las obligaciones jurídicas al menos al punto en que representan un consenso sobre los principales

²⁸ NANCE, *supra* nota 20, p. 652.

²⁹ NANCE agrega lo siguiente: “Podría decirse que este argumento solo es válido en presunciones sobre conductas futuras, ya que las presunciones sobre conductas anteriores no pueden tener efecto, positivo o negativo, sobre los hechos pasados. Sin embargo, es claramente irracional presumir que no va a haber infracciones en el futuro al tiempo que se presume que sí hubo infracciones en el pasado”. Nance, *supra* nota 20, p. 652.

deberes morales”.³⁰ Hacerlo trae aparejado los mejores resultados. Además, Nance afirma que, a pesar de que pocas veces se lo reconoce en la doctrina del derecho, la verdad de esta obligación moral es lo que explica el alto estándar de la presunción de inocencia: “Hay tantos ejemplos del principio de civilidad en la práctica como veces que se lo ha ignorado en la teoría”.³¹

Sin embargo, los dos motivos que ofrece el autor para explicar el lugar privilegiado que ocupa el principio de civilidad —la tendencia a producir tanto obediencia como predicciones estadísticas acertadas— lo transforman en más que un principio atractivo solo por su valor normativo. Hay razones más fuertes para creer, como Nance, que el manejo de los juicios penales se sustenta en el principio de civilidad, más allá de cómo la doctrina explique la presunción de inocencia. Estas razones se encuentran en la naturaleza misma del proceso penal.

2. La normalidad de la obediencia

Un juicio penal se inicia en nombre del soberano, a través del fiscal, que es el representante del Poder Ejecutivo para llevar a cabo esta función.³² El representante del Poder Judicial, también en nombre del soberano, preside el juicio. Y, de haber una condena, los representantes del soberano ejercerán la coerción penal sobre el imputado. A lo largo del juicio, el agente judicial le ordenará al jurado que delibere sobre la base de una fuerte presunción de inocencia y le exigirá a los agentes ejecutivos que cumplan con sus demandas.³³ En efecto, la acusación solo tendrá lugar si el fiscal está seguro de que hay más posibilidades de que quien decide sobre los hechos declare culpable al acusado que que lo absuelva. Es decir, si hay posibilidades de persuadir al jurado o al juez profesional de que retire la presunción de inocencia porque está “seguro” de que el acusado es responsable de lo que lo acusa el fiscal.³⁴ En la forma de la carga y el estándar de prueba, la presunción de inocencia es requerida por el agente judicial del soberano, quien entonces provee una regla de decisión que guía a los agentes ejecutivos. La presunción de inocencia es una presunción que hace el soberano.

³⁰ NANCE, *supra* nota 20, p. 689.

³¹ NANCE, *supra* nota 20, p. 655.

³² P. ej., en el Reino Unido, el fiscal actúa literalmente en nombre del monarca (*Regina v Smith*, etc.); en los Estados Unidos, lo hace en nombre del pueblo (*The People v Smith*, etc.).

³³ En particular, al instruir al jurado en cómo deben cumplir con su deber y en la situación de que la defensa diga que no existe caso, véase *R v Galbraith* [1981] 2 All ER 1060.

³⁴ Que el jurado tiene que estar “seguro” es la forma que toma el estándar de “más allá de toda duda razonable” y que actualmente se recomienda a los jueces para que dirijan a los jurados en los tribunales ingleses, véase *Crown Court Bench Book*, 16.

Si consideramos la idea de Duff sobre la confianza cívica y el principio de civilidad de Nance desde el punto de vista específico del soberano, quien los institucionaliza en la presunción de inocencia, vemos que esta idea es atractiva no solo desde lo normativo. La presunción de inocencia es una norma jurídica necesaria (en el sentido de lógicamente inevitable) para cualquier Estado que reivindique la forma de autoridad política conocida como soberanía. Hay una conexión conceptual entre la presunción de inocencia y la soberanía del Estado.

Antes de adentrarnos en la conexión entre la soberanía y la presunción de inocencia, es necesario clarificar la relación entre el Estado, el soberano y la soberanía y explicar el carácter de la autoridad soberana.³⁵ El Estado es la entidad en la que una multitud de personas naturales se unen para dar lugar a un pueblo.³⁶ El soberano es quien detenta el poder público; puede ser tanto una persona como un grupo de personas, que representan al Estado y actúan en su nombre. Dado que el soberano es el representante de la unidad política del pueblo, goza, dentro de su jurisdicción, de autoridad universal para dictar y aplicar las leyes que gobiernan a los ciudadanos, que están obligados a obedecerlas como producto de su propia voluntad. El concepto de soberanía se refiere a la relación de autoridad política y de obligación existente entre los ciudadanos y el soberano. Esta es la relación que unifica a la multitud en un Estado.

Por lo tanto, el orden cívico emana de la *autoridad* del soberano, de la soberanía del soberano. Cada ciudadano sabe que las leyes dictadas por el soberano generalmente serán obedecidas y que desobedecer una ley deriva en su aplicación en contra de la voluntad de los infractores por parte de un cuerpo designado para esa tarea. La soberanía del soberano le permite concentrar la capacidad de la multitud de ciudadanos individuales en un único poder político, que cuenta con la posibilidad

³⁵ Las siguientes conceptualizaciones se inspiran en el trabajo de LOUGHLIN, *The Idea of Public Law*, Oxford University Press, 2003, pp. 58 y 81-86. LOUGHLIN, a su vez, parte del *Leviathan* (Penguin, 1968) de Hobbes. Me apoyo en sus ideas, pero sin compartir la perspectiva hobbesiana que ve al Estado como el acuerdo de individuos libres que existen independientemente de su creación.

³⁶ Dado que aquí el foco está puesto en el soberano y en la soberanía, no ofreceré caracterizaciones más específicas del Estado. Existe un intenso debate entre los académicos hobbesianos acerca de qué tipo de persona es el Estado (véase RUNCIMAN, "What Kind of Person is Hobbes's State? A REPLY TO SKINNER", EN *The Journal of Political Philosophy*, VOL. 8(2), 2000, P. 268; SKINNER, "HOBBS ON REPRESENTATION", EN *European Journal of Philosophy*, VOL. 13(2), 2005, P. 155; OLSTHOORN, "LEVIATHAN INC.: HOBBS ON THE NATURE AND PERSON OF THE STATE", EN *History of European Ideas*, 2020. Para HEGEL, el Estado es el momento de la "vida ética" en el que lo particular y lo general encuentran su unidad (véase HEGEL, *Elements of the Philosophy of Right*, Cambridge University Press, 1991, pp. 258, 275-79).

de imponerse sobre todo aquel que desafíe su autoridad. La magnitud de este poder fue lo que llevó a Thomas Hobbes a identificar al soberano como el "Leviatán".³⁷

La autoridad del soberano no surge de la coerción, sino de la obligación de los individuos de cumplir las órdenes del soberano *como representante de ellos mismos*. Esa autoridad trae consigo el derecho concomitante que tiene el soberano de amenazar con el uso de la fuerza para lograr acatamiento y de emplearla para ejercer ese derecho cuando un individuo se aparta de su obligación y no cumple su deber de ser obediente.³⁸ El derecho penal sustantivo consiste en esta amenaza de usar la fuerza que el soberano tiene derecho a imponer. El castigo por haber actuado en contra de lo postulado por el derecho penal es la fuerza utilizada para materializar el derecho que tiene el soberano de ser obedecido.³⁹ Sin embargo, es la autoridad política del soberano la que fundamenta el derecho a ejercer coerción.

Desde el punto de vista del soberano, el principio de civilidad de Nance es fundamental para la autoridad del Estado que este gobierna, es decir, para la soberanía del soberano. El primer argumento de Nance a favor del principio de civilidad (a saber, que en la práctica la norma se suele cumplir) es otra forma de decir que la presunción de inocencia es la presunción de que lo normal es que se cumpla con las leyes del soberano, la presunción de que la persona o asociación identificada como el soberano tiene esa relación de autoridad con los individuos a la que llamamos soberanía. El segundo argumento de Nance (a saber, que proclamar la norma probablemente hará que sea normal en la práctica) es un elemento jurídico de la producción y mantenimiento de ese orden normal de civilidad y obediencia que caracteriza a la soberanía. Al presumir formalmente que el derecho se ha cumplido, el soberano hace que sea más probable que, en el futuro, se cumpla. Si damos este razonamiento, podemos decir que, en el caso de que, en un proceso judicial, los agentes del soberano no presumieran la inocencia del acusado, estarían dando por sentado que las leyes del

³⁷ "Porque en virtud de esta autoridad que se le confiere por cada hombre particular en el Estado, posee y utiliza tanto poder y fortaleza que por el terror que inspira es capaz de conformar las voluntades de todos ellos para la paz, en su propio país, y para la mutua ayuda contra sus enemigos, en el extranjero" (HOBBS, *Leviatán*, Ediciones Libertador, p. 137).

³⁸ Esta concepción no surge de HOBBS, sino de THORBURN, *supra* nota 15, pp. 256-263; y BRUDNER, *The Owl and the Rooster: Hegel's Transformative Political Science*, Oxford University Press, 2017, p. 294, quienes a su vez se inspiran en KANT y HEGEL, respectivamente.

³⁹ Véase la discusión sobre los diferentes fundamentos para esta fuerza de acuerdo con el tipo político de soberanía en la sección V.

soberano no se suelen cumplir y que el soberano no detenta la relación de autoridad con la ciudadanía a la que llamamos soberanía.⁴⁰

A primera vista, este argumento podría parecer exagerado. Incluso si fuera cierto que el soberano, en general, tiene que presumir que el cumplimiento de la ley es la norma, esto no puede explicar, en verdad, las reglas acerca del tratamiento de los imputados o la aproximación de los tribunales a la evidencia contra ellos, ya que estos últimos representan una porción pequeña de la sociedad y no presumir que se rigen por la ley no nos dirá nada acerca de la construcción de la autoridad estatal sobre la gran mayoría. Sin embargo, eso sería malinterpretar la problemática de la soberanía y convertirla en un interrogante empírico acerca de qué tan extendido está el cumplimiento de la ley. A pesar de que la discusión empírica es, sin duda, importante, ya que una cantidad suficiente de desobediencia podría hacer que se cuestione la autoridad política del Estado, es secundaria. El problema principal de la autoridad política es simbólico e ideológico.⁴¹ Y, en este sentido, las afirmaciones del soberano abarcan literalmente todo.

La autoridad del soberano se basa en la pretensión ideológica del Estado de representar a *todos* los individuos,⁴² con la consecuencia de que la soberanía es tan poderosa que desafiarla es inútil e irracional. Sin embargo, las conductas delictivas son justamente un desafío a la autoridad del soberano⁴³ y, por lo tanto, los delitos intencionales representan una negación fundamental de la universalidad atribuida a esa autoridad. Ese desafío provoca una respuesta coercitiva por parte del soberano, que toma la forma de un proceso penal y un castigo, lo que es otro indicador del desafío a la autoridad, aunque el uso de la fuerza penal es necesario para restaurar la relación de autoridad.⁴⁴

⁴⁰ La presunción de inocencia formal en el proceso de llegar a una sentencia es muy importante ya que, cuando se involucra a agentes del Poder Ejecutivo para encontrar a los responsables del delito, a veces se les pide que, en la práctica, presuman culpabilidad para llevar adelante la investigación (véase PACKER, "Two Models of the Criminal Process", en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 113 (1), 1964).

⁴¹ Véase la nota al pie 69 para más información sobre la relación entre la autoridad simbólica y empírica.

⁴² O, en la concepción hegeliana, la pretensión de representar la voluntad racional que se encuentra en la unidad de lo particular y lo universal. Véanse las notas 35 y siguientes. *Ideológica* se usa en el sentido específico de una afirmación que toma los intereses de algunos como los intereses de todos y que tiene algunos fundamentos materiales (véase MESZAROS, *The Power of Ideology*, New York University Press, 1989, pp. 10-12). Entender la afirmación del Estado como ideológica en este sentido nos permite reconocer la verdad y la fuerza moral de la idea del Estado como representante del pueblo, al tiempo que mantenemos una distancia crítica de la afirmación en este sentido de cualquier Estado empírico particular.

⁴³ Thorburn, *supra* nota 15.

⁴⁴ THORBURN explica el punto anterior con elegancia al hacer referencia al castigo como un aspecto de la autoridad de los padres: "Una vez que el padre presenta la sentencia y administra el castigo, las maldades del niño pueden verse como una

Por ende, el castigo trae aparejado el reconocimiento oficial tanto de la negación de la autoridad del soberano como de la necesidad de que se reafirme esa autoridad desafiada haciendo uso del poder coercitivo legítimo. Cuanto más recae el Estado en el castigo, más se desafía la autoridad del soberano; esto es un indicador del debilitamiento de la relación subyacente entre autorización y obligación sobre la que se basa la autoridad política.⁴⁵ Como consecuencia, para poder mantener la autoridad del soberano, es necesario que estas negaciones de la autoridad se construyan y presenten simbólicamente como excepciones al orden normativo del soberano.

El colosal carácter universal que tiene la proclama de autoridad del soberano sirve para explicar la fuerza de la presunción legal de inocencia, el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable”. Hobbes describió al Estado soberano como un “Leviatán” y un “Dios mortal” debido a la inmensidad del poder que surge de que sus actos estén autorizados por todos los ciudadanos.⁴⁶ La fuerza de la presunción le da una forma institucionalizada a la inutilidad, la irracionalidad y la excepcionalidad atribuidas a la desobediencia por parte de un individuo. Cualquier cosa por debajo de “más allá de toda duda razonable” sugiere la posibilidad de que la autoridad del soberano sea más débil que la de un verdadero Leviatán. La presunción es un símbolo clave de la autoridad del soberano.

En un juicio penal, cuando los agentes del soberano presumen la inocencia de los acusados, están suponiendo que el soberano detenta la autoridad política a la que llamamos soberanía y que

simple condición previa real para la ejecución de la máxima autoridad del padre. A pesar de que se siga lamentando la desobediencia [...], ya no supone una amenaza real a la demanda de autoridad del padre sobre el niño” (THORBURN, *supra* nota 15, 476). Por este motivo, la afirmación de Arendt relativa a que “la autoridad previene el uso de fuerza externa” debe ser evaluada con cautela (ARENDR, “What is Authority?”, en *Between Past and Future: Six Essays in Political Thought*, Viking Press, 1961, p. 93). El derecho a amenazar con el uso de la fuerza para asegurarse la obediencia y a ejecutar dicha fuerza cuando se la desafía es constitutivo de la autoridad política.

⁴⁵ Por lo tanto, ARENDT exagera el argumento cuando dice que “cuando se usa la fuerza, la autoridad ha fracasado” (*supra* nota 44). La autoridad solo *fracasaría* si la fuerza penal del soberano también fuese desobedecida, a través de una fuga de la custodia legítima, una rebelión armada o una huelga de hambre hasta la muerte. En cada uno de estos ejemplos, el soberano no puede reafirmar su derecho a ordenar obediencia. El punto de Arendt es, sin embargo, una exageración. Una mayor dependencia oficial en la coerción implica una disminución de las relaciones políticas subyacentes que constituyen la autoridad estatal y viceversa (véase BRUDNER, “The Contraction of Crime in Hegel’s *Rechtsphilosophie*”, en DUBBER (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, p. 161; RAMSAY, “A Democratic Theory of Imprisonment”, en DZUR, LOADER Y SPARKS (eds), *Democratic Theory and Mass Incarceration*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 84-107.

⁴⁶ Véase *supra* nota 35, p. 227. Al mismo tiempo, es precisamente por el hecho de que el soberano es un “Dios mortal” que la resistencia constituye una amenaza para su autoridad. En última instancia, la soberanía es el resultado del trabajo de los ciudadanos; es una relación política que se instaura con la intención de resolver un problema político. A pesar del derecho a una autoridad absoluta, la persona que ocupa el puesto de soberano puede ser asesinada, y se puede derrocar el cargo, o este puede quedar en suspenso. En contraste, el Cristianismo se puede imaginar la naturaleza pecaminosa de la humanidad si no tuviera la amenaza de la autoridad de su Dios omnipotente e inmortal.

las leyes del soberano se cumplen de manera rutinaria. En las ocasiones en las que el fiscal convence al tribunal que juzga sobre los hechos de que retire la presunción y que declare culpable de un delito al acusado, el Poder Ejecutivo logró convencer al magistrado o jurado de que, en este caso, un individuo *excepcionalmente* desobediente le negó la autoridad normal al soberano. La conexión entre el mantenimiento del orden civil y los símbolos de la autoridad del soberano es tan fundamental que se la suele pasar por alto; en palabras de Nance: “el principio de la soberanía está tan asentado en la práctica, como generalmente es ignorado en la teoría”. La presunción de inocencia es un elemento fundamental de la soberanía del Estado.

Ahora analizaremos la presunción como una medida legal que ayuda a que el Poder Ejecutivo responda por sus acusaciones contra los individuos; con este argumento, también se demuestra la conexión necesaria entre la presunción de inocencia y la autoridad del soberano y que esa conexión requiere el estándar pruebas más allá de toda duda razonable.

III. La responsabilidad del Poder Ejecutivo y la integridad del soberano

1. La responsabilidad del Poder Ejecutivo

Ho ubica al fundamento de la presunción de inocencia dentro de una teoría más amplia del juicio penal y del debido proceso. En su teoría, el juicio penal es una “institución política” que se basa en la separación de poderes para asegurar que se aplique la “justicia política”, lo que se logra haciendo que el Poder Ejecutivo responda por las acusaciones en un foro independiente.

El autor considera que el juicio penal protege una condición de lo que llama “libertad pública”, es decir, que “los gobernantes están obligados a rendirles cuentas a los mismos individuos sobre los que ejercen poder”⁴⁷ y que eso “demanda que ‘las premisas objetivas para el uso de la coerción y la fuerza por parte del Estado’ estén expuestas y sean puestas a prueba en un proceso de confrontación”.⁴⁸ Está claro que la presunción de inocencia tiene un rol importante en este proceso en el que el Poder Ejecutivo debe responder, en la medida en que sostiene que “no es suficiente que el Poder Ejecutivo crea o asegure que el ciudadano o la ciudadana es culpable; tampoco alcanza con que, de hecho, lo sea. El tribunal debe absolver a la persona y dejarla ir, a no ser que el Poder Ejecutivo logre demostrar su culpabilidad en la manera correcta”.⁴⁹ A menos que el tribunal esté

⁴⁷ HO, *supra* nota 23, p. 89.

⁴⁸ HO, *supra* nota 23 (con cita de Zuckert).

⁴⁹ HO, *supra* nota 23, p. 91.

“seguro de que el Poder Ejecutivo ha encontrado al verdadero culpable”, no puede haber más acciones coercitivas contra el acusado.⁵⁰ La contribución particular que hace la presunción de inocencia es crucial, ya que determina que es responsabilidad del Poder Ejecutivo demostrar la culpabilidad del imputado hasta satisfacer a un tribunal independiente y que no se requiere legalmente nada del acusado. Hasta el momento de la condena, la presunción de inocencia obliga al Poder Ejecutivo a responder por sus acciones y creencias.⁵¹

Ho contrasta esta función de responsabilización del juicio penal con el propósito de encontrar la verdad que en general se cree que tiene. Su argumento es que no asegurar el debido proceso configuraría una injusticia *incluso si el acusado es, de hecho, culpable*:

Que no se cumpla con el debido proceso es más que una falla epistémica. Es una injusticia política en sí misma, en la que el Estado condena públicamente a un ciudadano por cometer un delito, sin haber presentado las justificaciones necesarias para la condena. Hay una falla, o una insuficiencia, en el deber del Estado de justificar su conducta. Esta injusticia es independiente de lo acertado del veredicto.⁵²

Pero ¿cuál es esta “injusticia política” que trae consigo un procedimiento que no hace responder al Poder Ejecutivo por sus acusaciones? O, en palabras de Ho: “¿Cómo puede un procedimiento injusto manchar el resultado?”⁵³ El autor discute diferentes posibilidades, incluidas las consecuencias negativas de que a un delincuente le cueste aceptar la justicia de una condena y el fracaso de la función del juicio de comunicar de manera efectiva los compromisos morales de la sociedad.⁵⁴ Sin embargo, cree que lo más importante es la falta de aseguramiento de la libertad pública que se produce cuando el Estado puede dañar a los ciudadanos sin tener que justificar la legitimidad de su accionar.⁵⁵ El deber del Estado liberal de justificar sus acusaciones es una cuestión de respeto por el estatus del individuo “como un ser moral autónomo y racional”.⁵⁶ Esto requiere que todos, en

⁵⁰ Ho, *supra* nota 23, p. 90.

⁵¹ Como señala LANGBEIN, un estándar de prueba alto incentiva al jurado a investigar lo que sostiene el Poder Ejecutivo, *supra* nota 3, p. 266.

⁵² Ho, *supra* nota 23, p. 103. Véase también Lee, *supra* nota 24, pp. 385, 397-401.

⁵³ Ho, *supra* nota 23, p. 104.

⁵⁴ Ho, *supra* nota 23.

⁵⁵ Ho, *supra* nota 23, p. 106.

⁵⁶ Ho, *supra* nota 23, p. 105.

especial los agentes del Poder Ejecutivo, “tratemos al acusado con respeto, dignidad y empatía y le aseguremos el debido proceso, porque debería importarnos llevar vidas honorables”.⁵⁷

Por lo tanto, el fundamento definitivo de Ho con relación al deber que tiene el Estado de asegurar el debido proceso se acerca a lo que plantea Stewart: el derecho a ser irreprochables que se nos debe en virtud de nuestra dignidad como individuos autónomos.⁵⁸ Sin negar el argumento de Ho de que se trata de compromisos liberales fundamentales, me gustaría sostener que, desde el punto de vista del soberano más que del individuo, hay un razonamiento más convincente para la descripción del juicio penal como un mecanismo de responsabilización pública impuesto al Poder Ejecutivo. El debido proceso en general y la presunción de inocencia en particular son mecanismos esenciales para proteger la integridad del soberano que, a su vez, es un baluarte de su autoridad y su soberanía.

2. La integridad del soberano

El soberano es un cargo público, ocupado por una persona o un grupo de personas naturales.⁵⁹ Es inevitable que estas personas y las que ofician como sus representantes en los diferentes poderes del Estado tengan intereses privados además del de cumplir con los deberes propios del cargo público. Uno de los mayores deberes de los agentes del Poder Ejecutivo es hacer cumplir la ley que garantiza el orden civil. Sin embargo, como hemos visto, el cargo del soberano es muy poderoso. El soberano tiene capacidad legislativa ilimitada, por lo que le puede brindar al Poder Ejecutivo poderes legales intrusivos y coercitivos, apoyados en vastos recursos. Como ese poder es ejercido por personas naturales, existe la posibilidad de que ellas abusen de este.

Se abusa del poder del soberano cuando sus representantes lo usan con fines que no son la búsqueda del interés del Estado o del interés público, para cuya persecución se constituyó el cargo del soberano. Las oportunidades de abusar del poder se ven muy limitadas por la responsabilización pública de los funcionarios del Poder Ejecutivo que proporcionan el debido proceso en general y la presunción de inocencia en particular. Esta última exige que los agentes del Poder Ejecutivo demuestren que las acusaciones que hacen de que se ha roto la ley estén fundadas en los hechos. Así, se limita el poder oficial y se tiende a asegurar que los funcionarios gubernamentales usarán el poder

⁵⁷ Ho, *supra* nota 23, p. 104.

⁵⁸ Véase STEWART, *supra* nota 11.

⁵⁹ Véase LOUGHLIN, *supra* nota 35.

coercitivo que se les otorga para perseguir el interés público al asegurar el cumplimiento de la ley.⁶⁰ Sin la presunción de inocencia, nada evitaría que los agentes (ejecutivos y judiciales) del soberano usaran el poder coercitivo del derecho público para sus propios intereses personales o partidarios mediante acusaciones falsas a rivales o enemigos, lo que abre la puerta a la posibilidad de privatizar o dividir en facciones el ejercicio del poder gubernamental y supone la desintegración de la naturaleza pública del cargo de soberano. Gracias a la presunción, los representantes judiciales del soberano pueden mantener la integridad global de su cargo.

Al proteger la integridad del cargo de soberano, el aspecto responsabilizador de la presunción también sirve para institucionalizar la autoridad del soberano. El soberano es a quien los individuos autorizaron para que actúe en nombre de ellos. La autoridad soberana surge de esta relación de autorización. Al garantizar que los representantes del soberano utilicen su poder coercitivo sobre los individuos solo cuando estén cumpliendo con sus deberes públicos,⁶¹ la presunción de inocencia también garantiza que el proceso por el cual se resuelven las violaciones de la ley opere como una reconstrucción ritualizada de la base racional de la autoridad del soberano.

Es difícil sobrestimar la importancia ideológica de esta función de la presunción, lo que explica el alto estándar de prueba que esta exige. No alcanza con que haya un juicio público ni con que la carga de la prueba recaiga en el fiscal; este debe probar el caso más allá de toda duda razonable; el tribunal tiene que estar “seguro” para condenar. No es suficiente que el tribunal que juzga los hechos crea que, estimadas todas las posibilidades, el poder del soberano se ha usado a favor del interés público. Cuando el tribunal condena a un acusado, declara que está *seguro* de que el poder coercitivo del soberano se está usando para el interés público, *seguro* de que, al usar ese poder, el cargo de soberano realmente es lo que afirma ser. A través de este acto, el tribunal realiza la autoridad del soberano. Cuando se entiende la fuerte presunción de inocencia como una condición necesaria para materializar la proclama de autoridad del soberano, se hace más sencillo explicar el aparente extremismo de la famosa fórmula de Blackstone, que muchas veces resulta difícil de defender.⁶²

⁶⁰ Véase A. BRUDNER, *supra* nota 15, p. 21. Qué constituye el interés público puede definirse de diversas maneras: para HOBBS, es la protección del bienestar; para Hegel, la efectivización del derecho a libertad (en la sección V se encuentran las diferentes consideraciones del derecho penal relacionadas con estos diferentes tipos de soberanía). La contienda sobre el significado y el contenido del interés público es la esencia de la política.

⁶¹ Se da por sentado que el derecho sustantivo que se está imponiendo cumple con los criterios de garantizar el interés público. Véase la discusión en la sección V.

⁶² Véase la dificultad para defenderla en REIMAN y VAN DEN HAAG, *supra* nota 24, p. 226; EPPS, *supra* nota 13.

“Que diez personas culpables escapen antes que un inocente sufra” no solo es “mejor”, sino también fundamental para el mantenimiento de la soberanía bajo circunstancias normales.

A su vez, la certeza sobre la integridad del cargo de soberano provee una base más convincente para el argumento de que la presunción de inocencia fuerte es necesaria para mantener la confianza de los individuos en el sistema legal.

IV. La confianza de los individuos y la condición de la soberanía

1. La confianza de los individuos

Lee toma el argumento central del análisis que hace Ho de la presunción como un mecanismo para obligar al Estado a responder y sostiene que la presunción de inocencia fuerte es un elemento fundamental de la legitimidad práctica del sistema penal. Para que el Estado mantenga su legitimidad, al tiempo que utiliza el “enorme poder” del derecho penal, por naturaleza coercitivo y estigmatizador, se necesita que:

... use la fuerza de una manera especificada. Es decir, antes de que el Estado pueda ejercer violencia y estigmatizar a un ciudadano, *le exigimos que pueda justificar las acciones que va a tomar mediante la correcta identificación de los delinquentes*. El requisito de proveer pruebas más allá de toda duda razonable surge de esta demanda.⁶³

Kitai presenta el mismo argumento por la negativa. Sostiene que un estándar de prueba menor al de “más allá de toda duda razonable” deja a los ciudadanos en una posición en la que tienen más posibilidades de ser castigados por un delito que no cometieron, lo que genera dudas sobre si les conviene respetar su parte del contrato social y obedecer la ley, ya que carecen de garantías de que el Estado no los va a castigar arbitrariamente.⁶⁴ Sin embargo, Kitai no avanza en la dirección de considerar que no solo se ponen en riesgo los intereses de los individuos y su derecho a ser libres de la coerción arbitraria, sino también la autoridad del soberano.

Como consecuencia, se pueden criticar estos argumentos con la idea de que, aunque pueden justificar la carga de la prueba, no explican, en verdad, su alto estándar. ¿Por qué “exigimos” pruebas más allá de toda duda razonable? Kitai sostiene que, sin el alto estándar, el Estado muestra “una falta

⁶³ LEE, *supra* nota 24, p. 399 (destacado agregado).

⁶⁴ KITAI, *supra* nota 24, p. 1175. El estándar inferior también socavaría una perspectiva hegeliana del Estado como la unidad de lo particular y lo universal en la libertad. Véase el texto que sigue a la nota al pie 83.

de interés en [el individuo] y una predisposición a sacrificarlo por un objetivo común”. También argumenta que, al borrar “los límites de lo permitido” de esta manera, lograría “debilitar la base de la relación entre el individuo y el Estado”.⁶⁵ Sin embargo, con esto no se sostiene que un individuo necesariamente estaría mejor sin un Estado de esas características. Podría suceder que un Estado con un estándar de prueba menor también impusiera en los ciudadanos un riesgo de victimización criminal más bajo, lo que resultaría en que a los ciudadanos les seguiría conviniendo atenerse a las reglas, a pesar del riesgo de sufrir una condena injusta.⁶⁶ Epps trata de dar vuelta el argumento del contrato social y dice que la confianza en el sistema legal podría verse debilitada por un estándar de prueba demasiado alto. Este podría indicar una excesiva “reticencia a castigar” por parte del Estado, lo que “podría amenazar, más que reforzar, el monopolio del castigo que tiene el Estado, porque podría incentivar la vigilancia contra los delincuentes libres”.⁶⁷

Los planteos de Lee y Kitai son susceptibles a estos contrargumentos consecuencialistas porque toman la presunción solo desde el punto de vista del individuo y no desde el del soberano. Epps podría tener razón cuando plantea que podría concebirse un Estado que, por un lado, sostuviera el estándar de “más allá de toda duda razonable”, pero que, al mismo tiempo, tuviera un sistema penal y de detección del delito tan incompetente o con tan pocos recursos que volviera imposible construir un caso en contra de un sospechoso manteniendo el estándar. Esto traería como resultado la absolución de muchos delincuentes y la consecuente pérdida de confianza en el Estado.⁶⁸ Sin embargo, desde el punto de vista de la soberanía, lo que Epps imagina es un *Estado fallido*. Los Estados pueden fracasar. Una incapacidad *empírica* de mantener el orden civil es, en efecto, un aspecto clave del fracaso. Sin embargo, los Estados que aspiran a la autoridad soberana, a la soberanía, fracasarán *conceptualmente* si abandonan la presunción de inocencia fuerte, ya que, al hacerlo, abandonan también la fuente de su autoridad política. Este fracaso ocurre independientemente de la situación empírica particular del orden civil.⁶⁹

⁶⁵ KITAI, *supra* nota 24, p. 1176.

⁶⁶ Véase WALLEN, *supra* nota 14.

⁶⁷ EPPS, *supra* nota 13, pp. 1139.

⁶⁸ Como señala PICINALI, cuando la detección del delito y el sistema penal son generalmente eficientes y tienen recursos suficientes, es probable que sean mucho más efectivos a la hora de disminuir el riesgo de represalias futuras y absoluciones falsas que cuando se baja el estándar de prueba (véase PICINALI, *supra* nota 14, p. 35). Además, el argumento de EPPS necesita de un desinterés calculado sobre el contexto actual del estándar de prueba, en el que la presunción de inocencia formal se ve debilitada por otros aspectos del sistema penal (véase APPLEMAN, “A Tragedy of Errors: Blackstone, Procedural Asymmetry, and Criminal Justice”, en *Harvard Law Review Forum*, vol. 128, 2015, p. 91).

⁶⁹ Es más, podemos suponer que la falla conceptual precede a la empírica. Como ya he planteado en otro lado, respecto de la posibilidad de que esa falla pueda expresarse en el derecho sustantivo, “tiene que haber un elemento de profecía autocumplida cuando los Poderes del Estado dudan de su propia autoridad”, RAMSAY, *supra* nota 15, p. 226.

2. La condición de soberanía

Los agentes del soberano están autorizados a procesar a los individuos acusados de violar sus órdenes. Al presentar el argumento de Ho, vimos que, cuando dichos agentes presumen la inocencia del acusado para los fines del juicio penal, no solo están ejerciendo el poder, sino también afirmando su autoridad para ejercerlo; están afirmando que hacen solo lo que los ciudadanos los han autorizado a hacer. La presunción sirve para demostrar que los representantes del soberano se toman en serio la confianza que depositan los individuos en el abrumador poder del Estado, al asegurar de manera abierta que ese poder se usa solo a favor del interés público.⁷⁰ Al demostrar que, a pesar del poder legal ilimitado que tiene el soberano, sus agentes van a actuar a favor del interés público, el Estado demuestra su autoridad, ya que esta se basa en la relación de confianza entre el soberano y la ciudadanía, confianza que lleva a los ciudadanos al hábito de obedecer y constituye al Estado como una esfera política autónoma. Como se demanda que los agentes del Poder Ejecutivo justifiquen las acusaciones frente a un juez y un jurado, el juicio y su resultado no solo permiten presumir que las leyes del soberano tienen la autoridad que corresponde a la soberanía, sino también que son una condición institucional de la autoridad del soberano.

Weber definió al Estado como el cuerpo que ejerce el monopolio de la violencia legítima.⁷¹ La condena al final de un juicio penal permite que los individuos sean supeditados a un ejercicio de la fuerza por parte de los agentes del Poder Ejecutivo. Para que sea legítima y, entonces, dé lugar a la extendida obediencia habitual que caracteriza a la autoridad de un Estado soberano, la fuerza solo debe ser ejercida con el objetivo de cumplir con el deber del soberano.⁷² La presunción es el elemento clave de las garantías del debido proceso para lograr ese objetivo. Es una de esas restricciones al poder público que, como señala Loughlin, “asegura que el poder público se ejerza solo por motivos públicos, refuerza la confianza de las personas en la integridad del Estado y [...] mejora mucho [...] la capacidad del poder público”.⁷³ Es un límite a los agentes del soberano, que

⁷⁰ Por lo tanto, la justicia abierta es una condición clave para la autoridad del soberano; la máxima no es solo que se haga justicia, sino también que se vea que se hace.

⁷¹ WEBER, “Politics as Vocation”, en GERTH y WRIGHT MILLS (eds.), *From Max Weber: Essays in Sociology*, Oxford University Press, 1946, p. 77.

⁷² Este punto no presupone una teoría preventiva general negativa del castigo. Que la obediencia sea la regla es esperable cuando el castigo retributivo se aplica como parte de los deberes del soberano. Para más información sobre las obligaciones del soberano, véase LOUGHLIN, *supra* nota 35, p. 57.

⁷³ LOUGHLIN, *supra* nota 35, p. 85.

constituye y define sus poderes como los de la soberanía, en oposición a los de cualquier otra institución.⁷⁴

V. La presunción de autoridad del soberano

Hasta aquí, he argumentado que existe una relación necesaria entre la presunción de inocencia y la autoridad del soberano. La primera es una presunción que hacen los agentes del soberano y que sirve para afirmar que actúan como representantes de este y ejecutan sus órdenes; establece el proceso penal como una forma legal de soberanía. En reconocimiento de la autoridad del soberano, el proceso penal presume la obediencia a las órdenes del soberano, contenidas en el derecho penal sustantivo;⁷⁵ indica a los agentes del soberano que usen el poder coercitivo solo en servicio de la autoridad del soberano; y, al hacerlo, mantiene la relación política de soberanía entre el soberano y los individuos. La relación conceptual entre la presunción y la autoridad política del Estado explica el motivo por el cual la presunción de inocencia fuerte alcanzó un estatus jurídico formal destacado, a pesar de lo débil de cualquier justificación consecuencialista estrecha.

Entonces, esta teoría de la presunción de inocencia es un aspecto de una teoría política acerca de la competencia de los tribunales penales (formal, de fondo y en lo que hace a la aplicación de la pena), en la que el derecho penal constituye la autoridad del soberano. También es genérica en la medida en que puede aplicarse a cualquier teoría sobre derecho penal que se base en la forma de autoridad política llamada soberanía. La presunción de obediencia, la obligación del Poder Ejecutivo de responder por sus acciones y la confianza pública en el uso de la fuerza por parte del Estado son elementos que esa teoría comparte con otras teorías políticas específicas sobre el sistema penal, en tanto esas teorías también se basan en la noción de poder soberano.

La descripción del soberano presentada en la sección II empezó con algunas ideas tomadas del trabajo fundacional de Hobbes. Podría dudarse de si él habría apoyado una presunción de inocencia, dada su convicción en la autoridad absoluta del soberano. Sin embargo, su opinión acerca de que el

⁷⁴ Compárese con la formulación de Lee, más vaga y prudente: “La obligación de proporcionar seguridad física está profundamente entrelazada con ciertas restricciones procedimentales y sustantivas sobre el uso de la fuerza por parte del Estado. La existencia de la primera depende de la existencia de las segundas, porque, sin las restricciones, el Estado no estaría en una posición privilegiada para proporcionar seguridad física” (véase LEE, *supra* nota 24, p. 401). De una manera más clara, la “posición privilegiada” que plantea Lee no es sino el contenido de la soberanía y las “restricciones” son la forma.

⁷⁵ Esta es la relación que sustenta la famosa definición *formal* que hizo WILLIAMS del derecho penal sustantivo como aquellos actos “a los que puede seguirlos un proceso penal con un resultado penal; un proceso o su resultados son penales si tienen alguna característica que los marque como tal”, “The Definition of Crime”, en *Current Legal Problems*, vol. 107, 1955, p. 130. La carga y el estándar de prueba son *differentia specifica* del proceso penal.

soberano no debía actuar de manera arbitraria es menos conocida. Lo cierto es que Hobbes le puso muchas limitaciones al mando del soberano que, desde el punto de vista lógico, operan como condiciones necesarias para la soberanía y para el mantenimiento de la comunidad. Hobbes basó estas restricciones en la “ley de la naturaleza”, que consideraba abarcada por la “ley civil”.⁷⁶ Por este motivo, rechazó el castigo de los inocentes de modo inequívoco: “Todas las penas recaídas en seres inocentes, ya sean grandes o pequeñas, van contra la ley de naturaleza, porque la pena se impone solamente por transgresión de la ley y, por tanto, no debe existir castigo para el inocente”.⁷⁷ Insiste en que el castigo solo puede ser el acto de una “autoridad pública”, aplicado por “la transgresión de la ley” y determinado en una audiencia pública y en que el perjuicio que provoque no puede superar el establecido en la ley. Si no se cumplen estas condiciones, se convierte en “un acto hostil”, sin autoridad del soberano.⁷⁸ Otras limitaciones al poder de castigar son conocidas doctrinas modernas, como el requisito de la que ley sea pública, el principio de irretroactividad de la ley penal, los estados de necesidad y los que excluyen la culpabilidad, y las atenuantes y agravantes de una sentencia.⁷⁹ Lo que sostengo arriba es que la presunción de inocencia es otro de los limitantes lógicamente necesarios para la autoridad del soberano que planteaba Hobbes. Por lo tanto, se encuentra en el espíritu de su trabajo, aunque él no la haya mencionado.⁸⁰ El soberano de Hobbes gobierna a través de la ley, y la presunción de inocencia es, como sostiene Ho, un requisito para que los agentes del Poder Ejecutivo demuestren la legalidad de cualquier pena.

Para Hobbes, los individuos se obligan a sí mismos a obedecer al soberano cuando renuncian a su “derecho natural” de juzgar lo que tienen que hacer para asegurarse la seguridad. En una teoría hobbesiana del derecho penal, las órdenes del soberano sirven para incentivar la obediencia al desalentar a los individuos de causar el daño al que temen.⁸¹ Así, la ley proporciona la seguridad que

⁷⁶ HOBBS basó estas restricciones en la “ley de la naturaleza”, que consideraba necesariamente abarcada por la “ley civil”. Véase HOBBS, *supra* nota 37.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 260.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 255.

⁷⁹ *Ibidem*, caps. 26-28. Puede encontrarse una discusión en Alice Ristrophe, “Criminal Law for Humans”, en DYZENHAUS y POOLE (eds.), *Hobbes and the Law*, Cambridge University Press, 2012.

⁸⁰ Debe resaltarse que, al pasar, Hobbes define la inocencia en términos de una carga de la prueba inversa: “... va contra la ley de naturaleza castigar al inocente, e inocente es quien judicialmente queda liberado y reconocido como inocente por el juez” (HOBBS, *supra* nota 37, p. 224). Sin embargo, en la argumentación, no se vuelve sobre este comentario acerca de la persona que se absuelve a sí misma. Además, Hobbes lo menciona solo dentro del contexto de su crítica al castigo de acusados que son inocentes, pero que se dan a la fuga antes del juicio precisamente por “la corrupción y la parcialidad frecuentes de los jueces” (HOBBS, *supra* nota 37). En otras palabras, en el contexto de un problema para la autoridad del soberano que, como hemos visto, se ve mitigado por la presunción de inocencia (véase el texto entre las notas al pie 60 y 61).

⁸¹ RISTROPHE, “Hobbes on ‘Diffidence’ and the Criminal Law”, en Dubber (ed.), *Foundational Texts in Criminal Law*, Oxford University Press, 2014, p. 31.

les permite a los súbditos del soberano coexistir, hacer negocios en paz y crear una comunidad. Adams explicó muy bien, en términos hobbesianos, por qué la presunción de inocencia es tan importante para la autoridad de este tipo de régimen:

... cuando la mismísima inocencia sea acusada y condenada, especialmente a muerte, el individuo exclamará: “Es irrelevante para mí comportarme de forma correcta o incorrecta, porque la virtud no es seguridad”. Y si un sentimiento así se apoderara de la mente de los individuos, ese sería el fin de cualquier tipo de seguridad.⁸²

La promesa de seguridad es el fundamento detrás de la obediencia y la base política para la autoridad de las amenazas que hace el soberano. Para que la soberanía persista, el soberano deberá garantizar que el sentimiento de que “no hay seguridad” nunca se apodere de las mentes de los sujetos respetuosos de la ley. Como hemos visto, la presunción es necesaria para cumplir ese objetivo, ya que le da un marco legal a la realidad de la autoridad del soberano.

En la teoría política de Hobbes, la autoridad del soberano surge de que este ocupa un cargo público establecido por sujetos racionales para su propio interés: el de autopreservación. Sin embargo, esta teoría no agota los motivos posibles por los que los individuos autorizarían el gobierno del soberano. Brudner toma la descripción de soberanía de Hobbes como un ejemplo de “autoridad legítima”, en el cual los individuos renuncian a su libertad de juicio y a su independencia y se las entregan al soberano para asegurar sus intereses.⁸³ Brudner recurre a Hegel para contrastar esto con una soberanía en la que los individuos tienen una obligación con el soberano en la medida en que esta sirve para su libertad o independencia individual. A este tipo de autoridad la llama “autoridad constitucional”;⁸⁴ en esta, el soberano delega el poder a los diferentes poderes del Estado, que están sujetos a límites que aseguran la independencia de los individuos.

Brudner ha detallado el tipo de derecho penal propio de esta forma de autoridad política y difiere de la teoría penal consecuencialista de Hobbes. En el marco de una soberanía constitucional liberal, el derecho penal sirve para validar la autoridad de los derechos necesarios para la libertad individual, en particular, el derecho sobre la propia persona y la propiedad. En esta descripción, el

⁸² El juicio de William Wemms, James Hartegan, William M’Cauley [y otros] por el asesinato de Crispus Attucks [y otros], Superior Court of Judicature, Court of Assize, and General Goal Delivery ... taken in Short-Hand by John Hodgson, Boston, 1770.

⁸³ Véase BRUDNER, *supra* nota 38, pp. 309-313.

⁸⁴ BRUDNER, *supra* nota 38, p. 313.

objetivo de las leyes penales es castigar a los individuos que destruyen estos derechos personales al negar su existencia y cometer asesinatos, agresiones, robos, etc.⁸⁵ El castigo retributivo replica la negación de derechos llevada a cabo por el delincuente contra sí mismo. Así, el poder del soberano se emplea para anular la negación de derechos y, en el camino, afirma la autoridad de los derechos cuya posibilidad de ejercicio debe ser asegurada por la soberanía. Sería contraproducente que un sistema así propusiera algo distinto a la presunción de que esos derechos tienen autoridad y que normalmente se los respeta. En el sistema constitucional liberal, la autoridad del soberano dentro de su jurisdicción no es menos universal que la del Leviatán de Hobbes. Además, es fundamental para el argumento de Brudner que las amenazas de castigo por parte del soberano se hagan solo en busca del “interés público”, el interés en la libertad individual para cuya promoción existe la soberanía constitucional, y no para buscar intereses privados.⁸⁶ En un espacio de soberanía constitucional, la necesidad de que los agentes oficiales respondan públicamente se encuentra en la base de una teoría de la coerción estatal como reivindicación de derechos.

Aun así, hay otro tipo de autoridad política democrática. En una democracia, el cargo del soberano se compone de personas que, de manera periódica, tienen que rendir cuentas a los ciudadanos, que son, formalmente, sus iguales *políticos* —en una soberanía en los términos de Hobbes, los ciudadanos renuncian a esa igualdad; en la soberanía constitucional liberal de Brudner, esa igualdad no es esencial—. Entonces, el soberano está autorizado a actuar no en favor de los intereses materiales de los ciudadanos de seguridad y de libertad individual en la sociedad civil, sino en favor de sus derechos como iguales políticos, es decir, sus derechos como participantes iguales del proceso político de autodeterminación colectiva.⁸⁷ A través de esa participación democrática, los mismos ciudadanos buscan promover sus intereses, al elegir representantes para los lugares de mando y luego hacerlos rendir cuentas por sus decisiones. Al igual que la soberanía liberal de Brudner, esta soberanía democrática también depende de cumplir los derechos relativos a la calidad de persona, sin los cuales no podría existir ninguna de las libertades civiles necesarias para la deliberación democrática.⁸⁸ Por lo tanto, la autoridad democrática implica un derecho penal comparable, en líneas generales, al derecho penal liberal de Brudner,⁸⁹ que sirve para afirmar la

⁸⁵ BRUDNER, *supra* nota 15, en especial el cap. 1. En rigor, BRUDNER considera solo estos “verdaderos crímenes”. Propone una fundamentación disuasiva diferente para los delitos contra el bienestar público que surgen de los requerimientos complejos de la libertad individual propiamente entendida (véase BRUDNER, *supra* nota 15, cap. 5).

⁸⁶ BRUDNER, *supra* nota 15, p. 21.

⁸⁷ Véase RAMSAY, *supra* nota 45, p. 89.

⁸⁸ Véase RAMSAY, *supra* nota 45, pp. 90-93.

⁸⁹ Véase RAMSAY, *supra* nota 45, pp. 92-95.

autoridad de los derechos, aunque la democracia le agrega una dinámica abolicionista.⁹⁰ Sin dudas, la autoridad de un Estado democrático conlleva la presunción de inocencia en asuntos penales por los mismos motivos genéricos que describí antes.

Como presunción de la autoridad del soberano, la presunción de inocencia es, por lo tanto, una característica fundamental del Estado moderno. Sin darse cuenta, en su formulación sobre la regla de “más allá de toda duda razonable” como una aplicación del principio de precaución, Adrian Vermeule nos ofrece una manera para entender qué tan fundamental es.⁹¹ Al igual que este principio, la regla de toma de decisiones en procesos penales se inclina mucho hacia evitar un tipo de daño (las condenas erróneas), con el costo que esto acarrea de aumentar el riesgo de otro tipo de daño (las absoluciones erróneas). Claro que, en contextos regulatorios, sería más preciso describir la presunción de inocencia como lo contrario del principio de precaución, ya que, a diferencia de este, en el estándar de prueba penal se valora mucho el riesgo de la acción coercitiva por parte del Estado y se descarta el riesgo de la falta de acción coercitiva. Sin embargo, Vermeule entiende que confiar en la presunción de inocencia en la toma de decisiones en derecho penal deja lugar a una de las críticas principales contra el principio de precaución en contextos regulatorios: que es incoherente porque hay riesgos de daño muy inciertos en ambos lados de la decisión.⁹² En uno, el riesgo de castigar a un inocente; en el otro, la falta de justicia y la posibilidad de que se cometan más delitos. Sin embargo, Vermeule no tiene en cuenta que los encargados de redactar políticas recurren al principio de precaución cuando se enfrentan a riesgos inciertos de daños supuestamente catastróficos. Detrás del riesgo de causar un daño concreto, asociado a los errores en casos penales individuales, hay un riesgo de un daño sistémico realmente catastrófico que Vermeule no considera y que la presunción de inocencia logra evitar. Un sistema penal que no presume la inocencia de los individuos se arriesga a sufrir la catástrofe de que el soberano pierda la autoridad, lo que, entre otras cosas, destruiría todo el sistema jurídico.⁹³

⁹⁰ Más allá del mínimo de permitir el sufragio universal y la igualdad de derechos para presentarse a un cargo público, los Estados pueden ser más o menos democráticos en la medida en que los derechos democráticos formales sean la base de un autogobierno colectivo real (*ibidem*, p. 90) y en que dicho autogobierno tienda a abolir el castigo (véase RAMSAY, *supra* nota 45, pp. 97, 106).

⁹¹ VERMEULE, “A New Deal for Civil Liberties: An Essay in Honor of Cass R. Sunstein”, en *Tulsa Law Rev*, vol. 43 (3), 2008, pp. 921, 927-928.

⁹² Véase SUNSTEIN, *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge University Press, 2005.

⁹³ WALLEN se acerca a reconocer esto y sostiene: “Hay una sensación innegable de que a las personas les importan más los abusos de poder del Estado que las ilegalidades privadas [...], les molesta más, p. ej., un asesinato ilegal por parte de la policía

VI. Conclusión

Como señalan los críticos consecuencialistas del estándar de “más allá de toda duda razonable”, es verdad que van a existir condenas erróneas, incluso con una presunción de inocencia fuerte, basada en ese estándar. La presunción no podrá proteger siempre al individuo de la opresión estatal ni hacer valer lo que es correcto en cada caso. Sin embargo, exigirle eso es hacer una interpretación desafortunada de la presunción de inocencia. Es la forma que toma la soberanía la que tiene la mejor versión del sistema penal. Una de las debilidades que presenta la filosofía moral como teoría del derecho penal es la indiferencia relativa hacia la realidad institucional del sistema penal. Mientras busca las prácticas ideales y moralmente correctas para el castigo estatal, le cuesta explicar las doctrinas del derecho, porque no reconoce el problema de la autoridad política para cuyo manejo nacieron el Estado y el derecho público. De la misma manera en que el castigo estatal y el derecho penal sustantivo existen para reivindicar la autoridad política del Estado, la presunción de inocencia —una característica específica clave del proceso penal— es una forma institucional de la soberanía del Estado.

Duff tiene razón cuando dice que se necesita algún grado de confianza cívica para el buen funcionamiento de una república y que la presunción de inocencia sirve para institucionalizar esa confianza. También es cierto, como argumenta Ho, que la presunción asegura que el Poder Ejecutivo deba rendir cuentas públicamente por el ejercicio que haga de su poder penal coercitivo. Sin embargo, estas características de la presunción de inocencia, deseables desde un punto de vista normativo, son aspectos de la soberanía del Estado, que institucionaliza tanto la civilidad como la responsabilización de los agentes gubernamentales.⁹⁴

Al entender la presunción de inocencia como una condición de la autoridad política del Estado, debería ser posible explicar la historia de su desarrollo y su perfeccionamiento en la doctrina jurídica en términos de la evolución histórica de la autoridad de los Estados soberanos, de absolutista a liberal

que por parte de un criminal [...]. La violación de la confianza le agrega una dimensión extra al mal de base”. Sin embargo, cree que eso no dice nada acerca de cuál debería ser el estándar de prueba correcto. De todas formas, cuando se entiende el problema desde el punto de vista de la soberanía, resulta más sencillo ver que todo el orden civil depende de la integridad del soberano y de la confianza de la ciudadanía en la autoridad de este. El estándar de prueba alto institucionaliza la fuerte demanda ideológica de que esa confianza está garantizada. Véase WALEN, *supra* nota 14, pp. 389-390.

⁹⁴ Para más información sobre la conexión general entre soberanía y libertad política, véase NEUMANN, “The Concept of Political Freedom”, en SCHEUERMANN (ed.), *The Rule of Law Under Siege: Selected Essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*, University of California Press, 1996, p. 213.

o democrática.⁹⁵ También debería poder explicarse la subversión de la presunción de inocencia en los últimos años⁹⁶ en función de cómo, en la actualidad del capitalismo neoliberal posdemocrático, se evita la autoridad política del Estado.⁹⁷

⁹⁵ Puede encontrarse una teoría liberal acerca de la transición del absolutismo a la autoridad política liberal en BRUDNER, *supra* nota 38, cap. 6.

⁹⁶ Por medios como la delación premiada (LIPPKE, “The Prosecutor and the Presumption of Innocence”, en *Criminal Law and Philosophy*, vol. 8, 2014, p. 337), la participación obligada del imputado (OWUSU-BEMPAH, *supra* nota 5) y los delitos preventivos (RAMSAY, “Preparation Offences, Security Interests and Political Freedom”, en DUFF *et al.*, *The Structures of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2011, en especial pp. 214-220; RAMSAY, *supra* nota 15, en especial cap. 7).

⁹⁷ Ya se ha teorizado sobre la reciente expansión de la jurisdicción preventiva del derecho penal sustantivo, que criminaliza la peligrosidad y la causa de inseguridad y, por lo tanto, subvierte la esencia de la presunción (mientras adhiere a esta en las formas); se la ha descrito como un síntoma de la decadencia de la soberanía. Véase ERICSON, *Crime in an Insecure World*, Cambridge, Polity, 2007; RAMSAY, “Vulnerability, Sovereignty, and Police Power in the ASBO”, en DUBBER y VALVERDE (eds.), *Police and the Liberal State*, Stanford University Press, 2008; Ramsay, *supra* nota 15, en especial el cap. 10. Puede encontrarse un informe interesante sobre la decadencia de la representación política democrática de las últimas décadas en MAIR, *Ruling the Void: The Hollowing of Western Democracy*, Verso, 2013, pp. 20-44.

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. Sistemática 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 o comentario sobre el texto.

b. Nombre completo del autor o los autores. 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

Solo 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., München, 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 este. 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 aquel 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 estos 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 VI, N.º 11, Nov de 2020

Dirección:

Leandro A. Dias (Dir.)
José R. Béguelin (Sub.)
Noelia T. Núñez (Sub.)
Pablo D. Larsen (Sub.)
Lara Benítez (Sec.)
Agustina Szenkman (Sec.)

Comité Editorial:

Ltonella Donnes
Tomás Fernández Fiks
Ezequiel Jiménez
Magdalena Legris
Santiago Mollis
Noelia T. Núñez
María Belén Rodríguez Manceñido
Diana Velea
Thomas Wostry

