



Editores del Puerto

www.editoresdelpuerto.com



Teoría constitucional del delito

Mariano H. Silvestroni



Teoría constitucional del delito

Mariano H. Silvestroni

2ª edición actualizada



constatar. Si bien es cierto que los registros no pueden suplir la vivencia de la producción de la prueba, no puede negarse que pueden constituir un elemento decisivo para habilitar una impugnación basada en el incumplimiento de las reglas mínimas de valoración probatoria.

Vayamos a un ejemplo. Una persona es acusada de haber matado a otra; la única prueba de cargo son los dichos de alguien que afirma que dos meses antes del hecho el acusado le había expresado su deseo de matar a la víctima; en el juicio dos testigos afirman que a la hora de la muerte el acusado estaba a varios kilómetros del lugar y ello está corroborado además por un gasto de tarjeta de crédito efectuado por el imputado en el lugar donde los testigos afirmaron verlo. Parece claro que ante un veredicto condenatorio, la registración de las declaraciones de los testigos será un elemento más que suficiente para habilitar un recurso basado en la violación del *favor rei*, con independencia de las vivencias que gracias a la intermediación el jurado haya podido tener. Es que, por más convincente y dramática que haya sido la declaración del testigo que sostuvo que el acusado le había confesado su intención de matar a la víctima, y aun cuando ello haya sido cierto, las pruebas, objetivamente, no permiten sustentar una sentencia condenatoria en un orden jurídico donde rige el principio de inocencia.

Más allá de los prejuicios que existen contra la registración, no me cabe duda que ella permitiría habilitar la custodia de una garantía constitucional, mientras que su ausencia lo impediría.

El delito siempre es una acción.

1. El derecho penal de acto

La consagración de la acción humana como presupuesto para la aplicación de una pena constituye el pilar fundamental del denominado derecho penal de acto contrapuesto al derecho penal de autor. Sólo la acción y nada más que ella puede ser desvalorada por el derecho y, consecuentemente, merecedora de una reacción coactiva. Sólo ella puede ser motivada mediante normas imperativas o vedada mediante normas prohibitivas.

En el derecho penal de acto las leyes pretenden regular conductas y prevén sanciones para el incumplimiento de las expectativas normativas. La persona en sí misma, sus características, su personalidad, sus ideas, no son objeto de desaprobación legal, porque todos tienen derecho de vivir, de ser y de pensar en condiciones de igualdad, esto es, en un marco de tolerancia de la diferencia. El derecho penal de autor desvalora a la persona por lo que *es* mientras que el de acto por lo que *hace* o deja de hacer.

El derecho penal de autor se inspira en la pretensión de neutralizar o resocializar al delincuente. El sujeto peligroso debe ser alcanzado por la ley para evitar que cometa delitos. Esta idea puede dar lugar a dos cursos de acción: 1) la actuación predelictual, seleccionando a los peligrosos para evitar que delincan; y 2) la actuación postdelictual, utilizando la pena por el hecho cometido como herramienta de protección frente al sujeto peligroso (el delito es la excusa para accionar sobre el sujeto). En el primer caso estamos en presencia de un derecho penal de autor propiamente dicho, en el que el objeto de referencia jurídico-penal no es la conducta prohibida sino la peligrosidad del sujeto. Un sistema penal orientado en este sentido debe ocuparse de seleccionar a los desviados de los cánones mayoritarios de normalidad, para evitar que atenten contra estos parámetros. En el segundo caso, no estaríamos en presencia de un derecho penal de autor siempre y cuando: a) el delito siempre constituya una acción; y b) la reacción no se supedita a la modificación de la personalidad o al cumplimiento de tratamientos o cursos de aprendizaje; y c) el accionar sobre el sujeto sea sólo el cumplimiento de la pena amenazada. Pero ésta es la asignatura pendiente de la teoría de la prevención especial positiva, que por más que se esfuerce no puede despojarse de su parentesco con un derecho penal orientado en el sentido señalado.

El sentido político del principio de la acción es negar el derecho penal de autor en todas sus variantes posibles, relevando a la acción como único ente susceptible de desvaloración jurídica. Es la expresión, en derecho penal, del principio de igualdad y de los derechos a la existencia, personalidad e identidad individual.

La tensión entre derecho penal de autor y de acto se manifiesta en diferentes grados y niveles de la problemática penal; el extremo de esta tensión se presenta en los dos modelos opuestos de individualización de los hechos penalmente relevantes: la persona para el primero, la acción para el segundo. Estos modelos son permeables a institutos del modelo opuesto y así se forma un abanico dentro del cual podemos identificar mayores o menores grados de respeto al respectivo principio rector. Así, por ejemplo, el derecho penal de autor recurre usualmente a la acción como criterio de selección del individuo reprobable o como demostrativa de su grado de perversidad o peligrosidad, mientras el derecho penal de acto acude a la personalidad para individualizar la pena o desvalorar más gravemente el hecho. Sin embargo, mientras al derecho penal de autor le es permitido recurrir a las acciones sin violar su coherencia interna (porque en definitiva la conducta es tomada como síntoma de la personalidad), al derecho penal de acto no le es igualmente lícito acudir a la personalidad sin renunciar a su lógica intrínseca, según la cual sólo las acciones y nada más que ellas son objeto de reprobación jurídica. En este último caso las concesiones se pagan caro y conducen rápidamente a las consecuencias del modelo opuesto.

Como se verá luego, la adopción de un derecho penal de acción no sólo tiene por efecto descartar la posibilidad de desvalorar meras situaciones o eventos o estados de cosas, sino que presupone una específica técnica legislativa para individualizar *el hecho* objeto de sanción. Como ese hecho es una acción, la única forma de individualizarla es mediante la utilización de tipos legales que contengan una descripción de la conducta prohibida. Por ello, considero que del principio constitucional de la acción nace un principio derivado que es el principio de tipicidad, que será analizado oportunamente.

2. Consagración constitucional

En general, las modernas constituciones y tratados de derechos humanos prevén expresamente a la acción como objeto de referencia normativa y como antecedente de la sanción penal (ello, claro está, a través de diversas fórmulas que en algunos casos exigen cierta interpretación), lo que permite descartar de plano el derecho penal de autor y todas sus derivaciones. Hacen referencia a la acción o conducta, las constituciones de Argentina (art. 19), España (art. 25.1), Uruguay (art. 10), Ecuador (arts. 24.1 y 23.4 *in fine*), Chile (art. 19, inc. 3 *in fine*), Costa Rica (art. 28), Jamaica (art. 27.7), Perú (art. 2, 2ª parte, ítem 4 –también inc. 4–), Paraguay (arts. 33 y 18 *in fine*), Panamá (art. 31), Nicaragua (art. 34, inc. 11), Colombia (art. 29, 2º párr.), entre los textos locales. Asimismo, entre los pactos internacionales la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) (art. 11.2), el PIDCP (art. 15.1), la CADH (art. 9).

Los textos que no prevén este recaudo suelen establecer otras garantías que permiten arribar a un resultado final similar. Así, a partir de la

exigencia de una exterioridad como presupuesto de la pena (lo que usualmente se denomina principio del hecho), se construye una garantía de similar efecto limitativo, aunque el principio de la acción es mucho más útil como herramienta pautadora porque, como analizaré oportunamente, permite preservar el pilar esencial de la teoría del delito, frente a los intentos por vaciarlo de contenido y transformarlo en un artificio o de sustituirlo por estados de cosas o situaciones que, siendo hechos, no constituyen un comportamiento.

A continuación, se analiza el sentido jurídico de las fórmulas utilizadas en algunos textos.

2. a. Fórmulas que imponen una interpretación a contrario

Las constituciones de Argentina, Uruguay y Costa Rica, consagran el principio de una forma bastante aceptable como herramienta limitadora. El art. 19 de la CN establece:

“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.

Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”¹.

Analizaremos su sentido jurídico:

a) La primera parte del texto, al dejar fuera de la potestad de la ley a cierto tipo de acciones, establece por exclusión que sólo las “acciones no excluidas” pueden ser objeto de referencia normativa. Una interpretación a contrario y teleológica de esta norma permite sostener que los jueces (siempre a partir de la ley) sólo pueden actuar respecto de acciones; no de todas, pero sí respecto de las que afectan a terceros.

Desde el punto de vista teórico podrían distinguirse diferentes entes y estados relevantes para un derecho penal abstracto: la persona, la idea, la acción que no afecta a terceros, y la acción que afecta a terceros. Como vimos, la relevancia penal de la persona es la característica del derecho penal de autor, en el que el delito no es más que un síntoma de “la enfermedad” (peligrosidad) del sujeto que debe ser *tratado* con la pena para co-

¹ El texto es casi idéntico al art. 10 de la Constitución uruguaya que dispone: “Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Asimismo, el art. 28 de la Constitución de Costa Rica recepta en su parte pertinente la primera parte de la fórmula citada: “Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. *Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley.* No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio de creencias religiosas” (destacado agregado).

rregir su defecto. La relevancia penal de la idea (expresada o simplemente tenida por el sujeto) es propia del Estado (y del derecho penal) totalitario en el que prima el pensamiento único al que todos los ciudadanos deben adscribir. La relevancia penal de la acción que no afecta a terceros es propia del derecho penal etizante, en el que la moral se confunde con el derecho y las creencias de la mayoría sofocan a las de las minorías. Estas diversas formas autoritarias de derecho penal son combinables y en general se combinan. Frente a todas ellas existe el derecho penal de acto en el que sólo las acciones (que conforme se analizará a estudiar los demás principios deben revestir ciertas características) pueden ser objeto de alcance de la ley.

De esos cuatro entes abstractos, la norma constitucional citada establece un claro corte al medio entre lo que puede y lo que no puede ser punible. Al establecer ciertas acciones no puede ser alcanzadas por la ley, dispone que sólo puede serlo la acción que produce una afectación, pero siempre la acción, ya que tanto las ideas como la persona misma son anteriores a la acción que no afecta, que es la que se encuentra en la frontera de lo punible, enfrentada a la conducta que afecta a terceros.

En resumen, el hecho de que algunas acciones no puedan ser penas indica que, como mínimo, debe haber una acción, ya que la no acción se encuentra más lejos del corte (la frontera de la punibilidad) establecido por la Constitución. Si no puede castigarse lo más (la acción que no afecta) no puede castigarse lo menos (la idea y el sujeto).

b) La segunda parte de la norma² también establece una conexión norma-acción, ya que expresamente se refiere al “hacer” como objeto de la obligación jurídica. “Hacer” es actuar, esto es, llevar a cabo una acción. Del texto se deduce que la ley puede valorar jurídicamente las acciones, ordenándolas o prohibiéndolas y ello confirma lo que se deduce de la primera parte del artículo en cuanto a que sólo las acciones pueden ser objeto de referencia normativa a los efectos de la aplicación de una sanción, y que nunca podrán serlo el sujeto mismo o sus pensamientos.

Cuando se dice que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda se veda la atribución de cualquier tipo de consecuencia jurídica a una *omisión* de un mandato legal inexistente, en otras palabras, al no hacer aquello que no fue ordenado por la ley. Lo importante de esta disposición es que establece la noción de conducta distinta a la debida (lo que comúnmente se denomina omisión) como categoría jurídica constitucional. Por su parte, cuando seguidamente se dispone que nadie será privado de lo que la ley no prohíbe, se hace referencia a la modalidad de desvalorar

² Adoptada también por las constituciones de El Salvador (que en su art. 8 dispone: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe”), Perú (art. 2, 2ª parte, 1º ítem), Nicaragua (art. 32), República Dominicana (art. 8, inc. 5) y Paraguay (art. 98, 2º párr.), entre otras. Esta parte de la fórmula no está presente en el art. 28 de la Constitución de Costa Rica, ya citado.

acciones mediante su prohibición. En ambos casos, el establecimiento de la acción (ordenada o prohibida) es evidente.

Y aquí se establece una conexión entre el principio de la acción y el principio de culpabilidad, y no por casualidad en la misma norma que consagra a este último. Ello ocurre porque la Constitución no considera a la norma como un mecanismo dirigido a la mera imposición de sanciones frente a la ocurrencia de determinados hechos, sino como una herramienta reguladora de conductas que sólo puede tener sentido si presupone a la acción y a la falta de motivación en la norma como antecedentes necesarios de la sanción³.

El reproche de culpabilidad (que se analiza más adelante) se asienta justamente en la idea de la norma como motivadora de conductas: lo que

³ Es interesante la cita de un fallo del Tribunal Constitucional de Colombia (Sentencia C-239/97, del 20 de mayo de 1997) que justamente deduce ambos principios del art. 29, 2º párr. de la Constitución de dicho país que dispone: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”. En relación a esta disposición dice el fallo citado que “es evidente que el Constituyente optó por un derecho penal del acto, en oposición a un derecho penal del autor. Dicha definición implica, por una parte, que el acontecimiento objeto de punición no puede estar constituido ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad y, por ende, el derecho represivo sólo puede castigar a los hombres por lo efectivamente realizado y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco puede sancionar a los individuos por su temperamento o por sus sentimientos. En síntesis, desde esta concepción, sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente”. Y va más allá: “Pero, además, un derecho penal del acto supone la adscripción de la conducta al autor, en cuanto precisa, además de la existencia material de un resultado, la voluntad del sujeto dirigida a la observancia específica de la misma. En otros términos, el derecho penal del acto supone la adopción del principio de culpabilidad, que se fundamenta en la voluntad del individuo que controla y domina el comportamiento externo que se le imputa, en virtud de lo cual sólo puede llamarse acto al hecho voluntario. La reprobación penal del hecho, entonces, debe estar referida no a su materialidad en sí misma, sino al sentido subjetivo que el autor confiere a su comportamiento social, en tanto que sujeto libre; y así, sólo puede ser considerado como autor de un hecho, aquél a quien pueda imputársele una relación causal entre su decisión, la acción y el resultado, teniendo en cuenta su capacidad psicofísica para entender y querer el hecho, considerada en abstracto, y la intención, en concreto, de realizar el comportamiento que la norma penal describe. En otros términos, el principio de que no hay acción sin culpa, corresponde a la exigencia del elemento subjetivo o psicológico del delito; según dicho principio, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. De ahí que sólo pueda imponerse pena a quien ha realizado culpablemente un injusto. Las consideraciones precedentes guardan armonía con la definición del derecho penal como mecanismo de regulación de la conducta humana, dirigido, por ende, a acciones susceptibles de ser realizadas o no por los destinatarios de la norma; requiere, entonces, del conocimiento y de la voluntad de aquéllos a quienes se dirige, con el propósito de orientarlos o condicionarlos. Lo contrario supondría una responsabilidad por el simple resultado, que es trasunto de un derecho fundado en la responsabilidad objetiva, pugnante con la dignidad de la persona humana”. Más adelante volveré sobre este fallo (*infra* XIX. 2).

se reprocha es el no haber cumplido con el mandato normativo. Ahora bien, el cumplimiento o incumplimiento de los mandatos de las normas existen sólo a partir de acciones que los cumplen o los incumplen. Los estados (*ser* de determinada forma), las ideas (*pensar* de determinada forma), las circunstancias, no pueden ser reprochados porque no pueden constituir nunca el cumplimiento o incumplimiento de un mandato legal. La norma antepuesta al tipo penal sólo puede motivar acciones, prohibiéndolas u ordenándolas, y el reproche de culpabilidad sólo puede recaer respecto de una acción que contraviene el mandato o la prohibición normativa. Esto es una consecuencia de la consideración de la norma como reguladora de conductas.

De ello se deduce que cualquier intento de relevar penalmente algo que no constituya una acción está destinado al fracaso, porque *a priori* se advierte la imposibilidad de que ese ente pueda merecer una desvaloración desde el principio de culpabilidad penal. De este modo, llegamos a la exigencia constitucional de una acción por vía de otro principio constitucional: el de culpabilidad.

c) Otra referencia que brinda un argumento adicional para la configuración de la acción es la exigencia del *hecho* como antecedente de la pena, a la que se hace referencia expresa en algunas constituciones⁴.

Este recaudo viene a confirmar la necesidad de una acción, ya que denota la necesidad de una manifestación en el mundo exterior que no existe con el mero pensamiento o con el acto de voluntad no objetivado como exterioridad.

Pero, en razón de lo dicho previamente, tampoco basta con la sola exteriorización. El *hecho del proceso* al que se refiere el art. 18, CN, no es tan sólo un acontecimiento externo objetivo, sino sólo aquel que puede ser objeto de motivación mediante una norma. Los sucesos naturales, los estados de cosas y los movimientos mecánicos de los seres humanos pueden ser hechos, pero no pueden constituir acciones jurídico-penalmente relevantes porque no pueden ser motivados por las normas.

En definitiva, de la interpretación armónica de estos textos, deduci-

⁴ Por ejemplo, CN (art. 18): "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al *hecho* del proceso..."; Constitución de El Salvador (art. 15): "Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley"; Constitución de México (art. 14, parte pertinente): "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho". También receptan esta fórmula las constituciones de Paraguay (art. 17, incs. 3 y 4); Panamá (art. 31), como un complemento claro de la idea de acto a la que la misma norma hace referencia y que denota que un acto sólo puede ser una exterioridad; Chile (art. 6, inc. f); Suiza (art. 112), entre otras. El texto de Costa Rica se refiere al *hecho punible* en el art. 42 al consagrar el *ne bis in idem*.

mos que el objeto de referencia jurídico-penal debe ser un hecho externo, consistente en un comportamiento humano que se encuentra guiado por un acto de voluntad.

2. b. Fórmulas que se refieren literalmente al delito como acción

Otra modalidad con la que se hace referencia a la acción (en el marco del establecimiento del principio de legalidad) es, por ejemplo, mediante la fórmula prevista en el art. 25.1 de la Constitución española, que dispone:

"Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".

Una fórmula similar se establece en diversos pactos internacionales, tales como el artículo 11.2, DUDH; 9, CADH; 15.1, PIDCP, y en las constituciones de Ecuador (24.1), Perú (art. 2, parte pertinente), Chile (art. 3, parte pertinente), Jamaica (art. 20, inc. 7), y Nicaragua (art. 34, inc. 11). Se refieren al *acto* las constituciones de Colombia (art. 29, 2º párr.) y Panamá, entre otras.

La referencia expresa a la acción como objeto de referencia normativa y, consecuentemente, la caracterización del delito como una acción (descartando la relevancia de los estados de cosas o la personalidad) es evidente y no requiere mayor explicación. Una norma de este tipo no deja lugar a la sanción de la mera forma de ser ni de hechos, situaciones o estados de cosas que no constituyen una acción u omisión.

El punto interesante de esta modalidad legislativa es que introduce uno de los principales problemas de la teoría del delito: el concepto de omisión. A primera vista, parecería que la acción y la omisión son consideradas alternativamente como los entes susceptibles de ser relevados y descritos por la ley penal, y que de este modo se estaría consagrando un supraconcepto de conducta comprensivo de la acción y la omisión.

Sin embargo, y como más adelante se analizará en detalle (*infra* XVI. 3), creo que el sentido normativo de esta fórmula está vinculado al principio de estricta legalidad que impide considerar como acciones a aquellas omisiones que valorativamente le son asimilables, sin una previsión legal expresa que lo permita. De este modo se otorga rango constitucional a la problemática de las omisiones y se dirige la discusión sobre la constitucionalidad de la extensión de la punibilidad que se realiza en los casos de omisiones impropias, acudiendo a parches y remiendos de la mano de la denominada posición de garante.

Y creo que justamente para preservar el sentido normativo de este tipo de disposiciones (que en el fondo no establecen nada diferente a la fórmula analizada anteriormente), no es adecuado construir un concepto de conducta comprensivo de acciones y omisiones. Como luego se analizará en detalle, la preservación del principio de estricta legalidad

exige conservar a la acción, y exclusivamente a ella, como pilar del análisis sistemático.

3. Principio de tipicidad

La ley debe describir con precisión la acción penalmente relevante.

3. a. El principio

De la premisa de que el delito es una acción, se deriva la necesidad de que la ley individualice, mediante una descripción lo más precisa posible, la conducta penalmente relevante que será objeto de desvaloración jurídica. La herramienta utilizada por el legislador para llevar a cabo esa individualización es el *tipo penal* al que se define como *la descripción concreta y material de la conducta penalmente relevante*. Ningún otro instrumento legal puede llevar a cabo esa función.

Por lo tanto, si sólo los tipos describen conductas y si sólo éstas pueden constituir un delito, debemos concluir que la existencia de un delito (que respete el principio constitucional de la acción) presupone lógicamente al tipo penal.

Sólo a partir de una descripción legal precisa puede regir realmente el principio de la acción. Cualquier otra técnica legislativa para consagrar delitos habilitaría la relevancia penal de los *estados de cosas* que no son conductas sino meros hechos o circunstancias del mundo. Ello ocurre por ejemplo, cuando las leyes hacen referencia a características de la personalidad con términos como “vago”, “peligroso”, “inmoral”, entre otros tantos conocidos; en esos casos la ley no describe acciones por lo que no consagra tipos penales.

De lo dicho precedentemente concluyo que del principio constitucional de la acción se deriva el principio de tipificación o tipicidad, según el cual no puede haber delito sin una exhaustiva descripción legal individualizadora de la conducta penalmente relevante. De este principio se deduce la garantía a no ser penado sin tipo y sin tipicidad de la conducta atribuida.

Esta garantía es independiente de la de legalidad, pero a la vez la complementa. Es independiente porque la legalidad se satisface con la precedencia de la ley y una cierta estrictez en la descripción de los hechos penalmente relevantes, mientras que la garantía de la tipicidad exige que los tipos individualicen con precisión la conducta prohibida, vedando la mera indicación de hechos o circunstancias que no constituyan una acción. Por otra parte, complementa la garantía de la estricta legalidad, ya que adiciona una característica (la necesidad del tipo) al recaudo de precisión exigido por ella.

Algunos textos constitucionales hacen referencia autónoma a este principio de tipicidad. Así, por ejemplo, la Constitución de Ecuador lo consagra claramente en su art. 24, inc. 1, que dispone:

“Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté *legalmente tipificado* como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento”⁵ (destacado agregado).

Hay menciones tangenciales a la tipificación en las constituciones de España⁶, Honduras⁷, Panamá⁸, Perú⁹, entre otras, que denotan que la tipificación es *el* modo de individualizar la acción penalmente relevante. Asimismo, corresponde destacar la referencia expresa a la *descripción* como modo de individualizar acciones, que contiene la Constitución de Chile¹⁰ y la estricta correspondencia entre la ley y la conducta, exigidas por

⁵ Asimismo, el art. 87 dispone: “La ley tipificará las infracciones y determinará los procedimientos para establecer responsabilidades administrativas, civiles y penales que correspondan a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, por las acciones u omisiones en contra de las normas de protección al medio ambiente”. Por su parte, el art. 141 establece que “se requerirá de la expedición de una ley para las materias siguientes...”, y el inc. 2 se refiere a la potestad de “tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes”.

⁶ Al referirse al derecho de asociación en el art. 24, inc. 2, dispone: “Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales”.

⁷ El art. 2 dispone: “La soberanía corresponde al pueblo del cual emanan todos los poderes del Estado que se ejercen por representación. La suplantación de la soberanía popular y la usurpación de los poderes constituidos se tipifican como delitos de traición a la Patria. La responsabilidad en estos casos es imprescriptible y podrá ser deducida de oficio o a petición de cualquier ciudadano”.

⁸ El art. 153, inc. 15, se refiere al caso en que la legislatura puede “conceder al Órgano Ejecutivo, cuando éste lo solicite, y siempre que la necesidad lo exija, facultades extraordinarias precisas, que serán ejercidas, durante el receso de la Asamblea Legislativa, mediante Decretos-Leyes”, y dice que “la Ley en que se confieren dichas facultades expresará específicamente la materia y los fines que serán objeto de los Decretos-Leyes y no podrá comprender las materias previstas en los numerales tres, cuatro y diez de este artículo ni el desarrollo de las garantías fundamentales, el sufragio, el régimen de los partidos y la *tipificación de delitos y sanciones*. La Ley de facultades extraordinaria expira al iniciarse la legislatura ordinaria subsiguiente”. Asimismo, el art. 131 *in fine* referido a cuestiones electorales dispone que “la Ley tipificará los delitos electorales y señalará las sanciones respectivas”. También es de destacar el ya citado art. 31 que dispone que “sólo serán penados los hechos declarados punibles por Ley anterior a su perpetración y exactamente aplicable al acto imputado”, con lo que al consagrar el principio de legalidad establece el recaudo de precisión en la individualización de la conducta prohibida, lo que requiere necesariamente al tipo penal como herramienta legislativa.

⁹ En un pasaje del art. 2, inc. 4, dispone: “Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se *tipifican* en el Código Penal y se juzgan en el fuero común”.

¹⁰ Art. 3, parte pertinente: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

las constituciones de Jamaica¹¹, Nicaragua¹² y México¹³. Estas fórmulas permiten inferir la exigencia constitucional de tipicidad.

3. b. Algunas figuras problemáticas

La violación del principio de tipicidad y, consecuentemente, del principio de la acción no sólo se manifiesta mediante el recurso de relevancia legalmente características de la persona sino, y especialmente, mediante la consagración de figuras penales que no precisan claramente la acción relevante sino que la dejan indeterminada. Se trata de figuras que, si bien presuponen tácitamente la existencia de una acción (que no individualizan), se refieren a un *estado de cosas* (porque eso es lo único que se puede constatar en el juicio) que sería demostrativo de una acción previa que no se sabe cuál es. En esos casos, mediante la violación del principio de tipicidad (que exige una estricta y precisa descripción legal) se viola el principio de la acción, ya que en definitiva se termina desvalorando una situación o circunstancia pero no una conducta.

Son ejemplos paradigmáticos de este tipo de violación del principio de tipicidad los delitos de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos o el de la asociación ilícita, previstos en diversos códigos penales.

El art. 268.2 del Código Penal argentino establece el delito de enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos en los siguientes términos: “Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa de cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño. Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o

¹¹ Art. 31: “Sólo serán penados los hechos declarados punibles por Ley anterior a su perpetración y exactamente aplicable al acto imputado”. La referencia al *acto* es elocuente sobre la vigencia del principio de la acción, que no por casualidad se consagra en la misma norma que exige la exacta correspondencia entre la ley y la conducta, que no es otra cosa que la tipicidad.

¹² El art. 34, inc. 11, establece el derecho “a no ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, no esté previamente *calificado en la ley de manera expresa e inequívoca como punible*, ni sancionado con pena no prevista en la ley. Se prohíbe dictar leyes proscriptivas o aplicar al reo penas o tratos infamantes”.

¹³ El art. 14, 3º párr., dispone: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley *exactamente aplicable al delito de que se trata*”. Nótese cómo la exigencia de estricta correspondencia de la acción a la ley se consagra junto con la prohibición de analogía, ya que ésta es un modo de burlar el alcance preciso del tipo penal.

extinguido obligaciones que lo afectan. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho”.

La doctrina argentina ha discutido mucho sobre la validez constitucional de esta norma. Me parece relevante para descartar su constitucionalidad, el hecho de que se trata de una figura subsidiaria dirigida a operar justamente cuando no se puede probar el delito cometido por el funcionario; la lógica es la siguiente: *como no puedo probar el cohecho o la exacción ilegal o la defraudación a las arcas del Estado, supongo que si el funcionario se enriqueció es porque cometió alguno de esos delitos*. Se trata de una clara violación de todas las reglas constitucionales que rigen el proceso penal, especialmente el principio acusatorio (derivado del de inocencia) que exige que sea la acusación la encargada de probar la existencia del delito. La violación de este principio es evidente si se tiene en cuenta la relevancia penal de la omisión de justificar el origen de los fondos; estamos aquí en presencia de una inversión de la carga de la prueba que viola manifiestamente el principio de inocencia y que es contraria a todas las reglas del estado de derecho.

Por lo expuesto, me parece claro que esa omisión (en realidad la acción diferente a la de justificar) no puede constituir la conducta descrita por el tipo penal. La conducta es otra, es anterior y se retrotrae al momento del enriquecimiento: es la acción que generó el enriquecimiento; ésa es la verdadera conducta que el tipo pretende atrapar. Y es aquí donde nos encontramos con una clara violación del principio de tipicidad, ya que esa conducta no está precisada en el tipo; no se la puede describir porque la lógica de este delito es justamente esa: como no se puede saber cuál fue esa conducta (que se presupone que es una de las descritas en otras figuras delictivas como las del cohecho, exacciones, defraudaciones, etc.) se describe un *estado de cosas*, que se desvalora penalmente como delito. Ese *estado de cosas* es el enriquecimiento, es el hecho de tener un patrimonio significativamente mayor al inicial. Esto demuestra que esta norma no constituye un tipo penal y que por ello vulnera el principio constitucional de tipicidad y de la acción.

La figura de la asociación ilícita también es común en la legislación penal. En la Argentina el art. 210 del Código Penal dispone que “será reprimido con prisión o reclusión de 3 a 10 años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinadas a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de 5 años de prisión o reclusión”. Fórmulas similares establecen el Código Penal del Uruguay¹⁴

¹⁴ Art. 150, CP: “Los que se asociaren para cometer uno o más delitos, serán castigados por el simple hecho de la asociación, con seis meses de prisión a cinco años de penitenciaría”.

(en adelante, CP Uruguay), el de Yucatán¹⁵ (en adelante, CP Yucatán), de Croacia¹⁶, entre otros.

El hecho de tomar (o formar) parte de una asociación no es una acción sino una simple circunstancia, un *estado de cosas*, y es simplemente eso lo que la ley penal describe en esta figura, dejando indeterminada la conducta que hace que el sujeto se transforme en un miembro de la banda. Podemos imaginar esa conducta en el caso en que tres o más personas se reúnen un día y firman un contrato constituyendo la asociación ilícita o llegan a un acuerdo verbal en idéntico sentido, pero la experiencia indica que en general no es ese hecho el que se tiene por probado en los procesos por este delito; por el contrario, es la existencia de diversos delitos cometidos por las mismas personas la que lleva a presumir la existencia de un *estado de cosas* como el descrito por la figura legal. Es usual que cuando en una sentencia se describe el hecho probado que justifica la condena por asociación ilícita no se describe la acción concreta cometida por cada miembro de la banda, sino simplemente su condición de miembro, lo cual no es una conducta sino una circunstancia.

Esto significa que, en general (aunque no siempre), la aplicación concreta de la figura de la asociación ilícita lesiona el principio de la acción y de tipicidad en la medida en que se torna aplicable a partir de la existencia de un *hecho* pero no de una *acción* respecto de la cual el tribunal haya efectuado una comparación con la individualizada en el tipo para afirmar su tipicidad. Cuando ello ocurre, la aplicación de esta figura se torna inconstitucional por la clara y manifiesta violación de los principios constitucionales de tipicidad y de la acción. Pero esta no es una consecuencia necesaria a la aplicación de la figura en cuestión.

Un delito que presenta una particularidad especial es el del art. 483 del Código Penal español que dispone: “El reo de detención ilegal que no diere razón del paradero de la persona detenida, o no acredite haberla dejado en libertad, será castigado con la pena de reclusión mayor”. Corresponde señalar que la pena de reclusión mayor es la misma que el art. 405 de dicho cuerpo legal prevé para el parricidio y es menor a la que el art. 407 prevé para el simple homicida; ello denota que se trata de una de las penas más graves previstas por dicha legislación. Esa norma presenta problemas similares a la figura del enriquecimiento ilícito analizada previamente, pero en este caso creo que la validez constitucional no se puede objetar, en la medida en que se lleve a cabo una adecuada reconstrucción del tipo.

A primera vista parecería que la norma prevé dos obligaciones en cabeza del imputado por detención ilegal, consistentes en dar cuenta del paradero o acreditar haber liberado a la víctima, y que atribuye a su incum-

plimiento la aplicación de una de las penas más graves de la legislación española. Así interpretada, la norma es pasible de diversas objeciones: a) que obliga al imputado a declarar en su contra, ya que el dar cuenta del paradero o de la liberación importa hacerse cargo del delito previo de privación de libertad; b) que establece una inversión de la carga de la prueba, en cuanto coloca al imputado en la situación de tener que demostrar hechos que le eximirán de una imputación de mayor gravedad. Como estas objeciones son fuertes y ponen en duda seriamente la constitucionalidad de la figura así interpretada, se presenta la necesidad de reconstruirla y es allí donde corresponde determinar con precisión cuál es verdaderamente la conducta descripta en el tipo penal.

Me parece claro que lo que el tipo describe en realidad es la acción de *hacer desaparecer* a una persona. La desaparición se presume a partir del hecho de la ausencia de la persona (derivada de la acción del imputado de detenerla ilegalmente) y de su falta de aparición posterior. Esa descripción típica y la presunción de la desaparición son perfectamente válidas y acordes con la naturaleza de la conducta que se pretende castigar. La falta de certeza sobre el paradero de la víctima o de su liberación por parte del autor son demostrativas, en el primer caso, de la existencia de la desaparición, y en el segundo, de la intervención del autor en ella (si se demuestra que la liberó la desaparición debería imputarse a otro factor pero no al autor). En realidad, lo que hace presumir la *desaparición* (que en realidad es una presunción de muerte, ya que no se imputa al autor el haber ayudado a la víctima a irse de incógnito de su lugar de vida habitual sino el haberla *eliminado*) es la prolongación de la ausencia. Cuando pasa un tiempo prudencial sin que la víctima (privada de libertad por el imputado) aparezca con vida se presume (válida y razonablemente) que éste fue el causante de dicha *desaparición*, que como se dijo es una forma diferente de denominar a la muerte. Los medios que la norma prevé para demostrar la ausencia de *desaparición* no son taxativos, ya que cualquier otro elemento es válido para demostrar que la víctima está con vida (por ejemplo, que haya aparecido por sus propios medios) o que el autor la liberó y que luego volvió a desaparecer o murió sin intervención alguna de éste.

Por lo expuesto, creo que la norma analizada prevé un tipo penal y consecuentemente no vulnera la garantía bajo análisis.

¹⁵ Arts. 147 y 148, CP de Yucatán.

¹⁶ Art. 333, incs. 2 y 4.

Addenda 2 El “detector de delincuentes”

¿Por qué esperar a que se cometa el delito? ¿Por qué no detectar, encerrar y tratar al futuro “delincuente” antes de que lo cometa? Si el derecho penal “tutela bienes jurídicos” ¿Qué mejor tutela que evitar la lesión!; y acaso existe un método mejor para hacerlo que el de actuar antes, respecto del futuro (posible o seguro) autor de un delito?

Existe un vasto arsenal teórico con el que rebatir la posibilidad de “actuar antes del delito” de modo punitivo, por la sola peligrosidad no expresada en hechos externos.

Sin embargo, me preocupa la vigencia futura de estos principios. Algún día, tal vez pronto, se “descubrirá” el “método” para predecir “con absoluta certeza” si un individuo cometerá un delito y en su caso cuál, cuántos y quién será la víctima.

Cuando se “descubra” el “detector de delincuentes”, no pasará mucho tiempo antes de que se pretenda modificar totalmente la concepción del derecho punitivo y de su sistema de garantías (se modifica la Constitución, se denuncian los tratados internacionales o se suscriben otros nuevos y listo). Alguien propondrá, por ejemplo, el sometimiento obligatorio al detector a determinada edad y a partir de allí de forma periódica. De esta forma se podrán arbitrar las *medidas curativas* necesarias cuando se detecte, con “total seguridad” o con “grandes probabilidades” que una persona cometerá un delito.

El problema no será tan grande cuando el “estado de la ciencia” sólo permita detectar al “delincuente” tan sólo con “altos grados de certeza”, porque todavía nuestro arsenal teórico podrá acudir, al menos, al principio *in dubio pro reo* para evitar una (mayor) injerencia estatal. Pero nos veremos en un problema cuando los *gurúes* afirmen una certeza absoluta. Ello conmovió, sin dudas, la base teórica de nuestro derecho penal¹⁷.

¿Con qué argumentos nos opondremos a la injerencia estatal a partir del resultado del “detector de delincuentes”?

Trataré de ensayar algunos.

a) Por simple intuición podemos afirmar la falibilidad del ser humano y de su ciencia y ello nos permite dudar de que un “detector de delincuentes” pueda predecir con certeza hechos del futuro.

La imperfección de la ciencia humana debería elevarse a la categoría de principio no discutido, que integraría el conjunto de premisas de los ra-

zonamientos de moral institucional. Así, la infalibilidad de los métodos de predicción deberá ser descartada por principio y con independencia de la verosimilitud empírica de dicha afirmación.

El principio puede defenderse a partir de la experiencia que demuestra la falibilidad histórica del ser humano. No será la primera vez que un postulado ético, válido por sí mismo (esto es, con independencia de consideraciones consecuencialistas), adquiere tal calidad en razón de una necesidad utilitaria previa. Hemos visto que los postulados éticos del principismo moral coinciden con los que un utilitarista compartiría como medio para alcanzar la felicidad general. En relación a las garantías, todas ellas tienen un fundamento utilitario en cuanto sirven para alcanzar determinada meta que se considera positiva.

Desde este punto de vista tendríamos razones de peso para consagrar como principio indiscutido la falibilidad de la ciencia humana y de ese modo evitar una controversia entre la vigencia de las garantías clásicas y la necesidad utilitaria de adoptar medidas como consecuencia de los resultados del *detector de delincuentes*.

La consagración de un principio como éste podría justificarse a partir de la posición original de John RAWLS (*supra* II). Podríamos decir que en esa posición los individuos acordarían consagrar una regla que evite que sus vidas puedan quedar sometidas a consideraciones científicas. La evidente falibilidad humana haría que los contratantes en la posición original prefirieran la consagración del principio antes que verse sometidos al riesgo de ser víctimas de esa falibilidad. Cada uno de ellos pensaría “yo podría ser uno de los clasificados como delincuente por la ciencia humana”. Claro que en esa posición, los individuos pueden saber con certeza si esa falibilidad es tal o si algún día será superable. Los partidarios del *detector de delincuentes* pueden argumentar que no hay falibilidad alguna y que ello es perfectamente reconocible desde la posición original y con ello afirmarían la validez del detector. Sin embargo, como la posición original es un estado abstracto en el que nadie estuvo, la afirmación de que desde allí se sabrá la verdad no permite trasladar ese conocimiento hipotético al conocimiento real para afirmar la infalibilidad. Lo único que podemos saber ahora (porque ha sido demostrado a lo largo de la historia) es que la ciencia humana es falible y, a partir de ese dato cierto, no podemos conjeturar que en la posición original los individuos adoptarían una posición contraria a esa experiencia histórica. En otras palabras, desde la realidad, en la que conocemos la falibilidad de la ciencia humana, no podemos conjeturar que en la posición original se descubrirá la infalibilidad. Ergo, en dicha posición debería asumirse como principio la no sujeción al *detector de delincuentes*.

b) Desde la teoría del conocimiento no sería admisible una institución de este tipo.

Una de las características esenciales del pensamiento científico es el método experimental, en virtud del cual las aserciones pueden ser sometidas a verificación empírica mediante el método de prueba y error.

¹⁷ No conviene subestimar estas posibilidades. Hoy en día se utilizan procedimientos de ese tipo para juzgar la procedencia y duración de medidas de seguridad. También se utiliza para realizar pericias dirigidas a determinar diversos hechos en el proceso penal a punto tal que en determinados casos, como los vinculados a los delitos sexuales, la inocencia o culpabilidad se deciden sobre la base de los crucigramas y adivinanzas que el imputado confecciona, y que funcionan al modo del pentotal o el polígrafo, para establecer si miente o si dice la verdad.

El *detector de delincuentes* debería funcionar a partir de una regla *inductiva* enunciada como consecuencia de experiencias previas que conducirían a afirmar que determinadas composiciones químicas o genéticas o biológicas del tipo que fueren, ocasionan la comisión de actos delictivos.

Recordemos que “una generalización inductiva es el método de llegar a proposiciones generales o universales a partir de los hechos particulares de la experiencia (o de los enunciados que se refieren a ellos). Cuando las premisas suministran una información relativa a un cierto número de casos en los cuales aparecen conjuntamente dos propiedades (o dos circunstancias o dos fenómenos), por analogía podemos inferir que un caso particular diferente que manifieste una de las propiedades, manifestará también la otra. Y por generalización inductiva podemos inferir que todos los casos en que se manifieste una de las propiedades, serán también casos en los que se manifestará la otra”¹⁸.

El razonamiento sería el siguiente:

- Todos los que tienen la característica *X* cometen delitos.
- *A* tiene la característica *X*.
- *A* cometerá un delito.

La primer premisa es el enunciado general al que se arriba a partir de la experiencia y que sustenta el razonamiento inductivo que lleva a afirmar que una persona cometerá un delito. Sólo mediante este tipo de razonamientos podría funcionar el *detector de delincuentes*.

La primer objeción que puede formularse a este procedimiento versa sobre el método inductivo en sí mismo. Es cierta la afirmación de Karl POPPER en cuanto a que “desde un punto de vista lógico dista de ser evidente que se justifique la inferencia de enunciados universales a partir de enunciados singulares, por más numerosos que éstos sean, pues siempre puede resultar falsa cualquier conclusión obtenida de esa manera: por más ejemplares de cisnes blancos que hayamos observado no se justifica la conclusión de que todos los cisnes son blancos”^{19/20}.

En lo que nos concierne, es evidente que la regla según la cual la característica *X* es causa del delito puede ser perfectamente falsa y no existe ninguna razón lógica ni científica para asumirla como verdadera. Por esa razón, y asumiendo como válida la crítica al inductivismo, no se puede convalidar el *detector de delincuentes*.

La segunda objeción también proviene de la teoría del conocimiento de POPPER, puntualmente del falsacionismo como método científico de co-

roboración. Precisamente, a partir de la falencia del método inductivo, “Popper reconoce a un sistema como científico solamente si es susceptible de ser puesto a prueba mediante la experiencia. Y sugiere que no es la verificabilidad de un sistema sino su refutabilidad lo que debe tomarse como criterio de demarcación entre lo que es ciencia y lo que no lo es. Un sistema empírico debe poder ser refutado por la experiencia”²¹.

Y es evidente que las conclusiones del *detector de delincuentes* no pueden ser sometidas a verificación empírica porque nunca es posible establecer si efectivamente la persona iba o no a cometer un delito si no era encerrada o *modificada* por el Estado. El pronóstico que justificaría el accionar estatal no podría ser sujeto a verificación empírica y, por ello, el *detector de delincuentes* no podría ser considerado un instrumento científico.

c) Otra “verdad” que debería integrar el elenco de premisas del razonamiento es el de la libertad humana como realidad opuesta al determinismo. El *libre albedrío* (del que luego haremos mención) forma parte de la esencia de la persona. El ser humano se caracteriza frente a los otros seres por su aptitud de elegir, por su autonomía frente a las fuerzas de la naturaleza. Es cierto que estas fuerzas condicionan las vidas y también las decisiones, pero ello no significa que el acto de decisión esté determinado por ellas.

Al respecto puede discutirse largamente, pero siempre podemos definir al ser humano como un ser autónomo y libre, considerando a la libertad como una premisa indiscutible en la justificación de las instituciones sociales y, fundamentalmente, como una característica esencial del concepto de persona. La persona debe ser definida como un ser libre.

Más allá de la verdad o falsedad de la premisa, es posible que todos nos pongamos de acuerdo sobre su validez y que a partir de ese acuerdo construyamos las justificaciones ulteriores.

Desde el velo de la ignorancia de RAWLS, desde el imperativo categórico kantiano y desde el utilitarismo de reglas es posible arribar a este consenso para consagrar a la libertad como un principio de esa naturaleza. Nuevamente, deberíamos partir de una petición de principio ajena a las demostraciones empíricas que, de todos modos, y por las razones expuestas al referirnos a la crítica del método inductivo, nunca podrían acreditar las conexiones causales deterministas.

A partir de estos criterios, nos podríamos oponer, por principio, al *detector de delincuentes*.

¹⁸ SCHUSTER, Félix Gustavo, *El método en las ciencias sociales*, Ed. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1992, ps. 56-57.

¹⁹ Cita de SCHUSTER, *El método en las ciencias sociales*, cit., p. 56.

²⁰ Sobre la crítica al método inductivo, ver también KLIMOVSKY, Gregorio y DE ASÚA, Miguel, *Corrientes epistemológicas contemporáneas*, Ed. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1992, ps. 37-48.

²¹ SCHUSTER, *El método en las ciencias sociales*, cit., ps. 62-63.

No hay delito sin ley previa, formal y precisa.

1. Concepto y sentido constitucional

Nullum crimen, nulla poena, sine lege. No hay delito, no hay pena, sin ley previa. El delito no es un concepto natural, material o social. El delito es un producto legal, porque nace de la ley, porque antes de la ley no existe. Si se derogasen todas las leyes, dejarían de existir los delitos.

La exigencia de legalidad supone que la ley penal debe ser *previa, escrita, formal y estricta*. La ley es *previa* cuando fue sancionada con anterioridad al hecho bajo análisis; la ley penal nunca puede regir hacia el pasado salvo cuando es más benigna; tampoco puede regir hacia atrás una ley penal derogatoria de una ley más benigna: quien durante un sólo instante se vio beneficiado por los efectos de la ley penal más benigna no puede luego ser privado de ese beneficio aunque no haya existido una actividad jurisdiccional que lo haya hecho valer; en otras palabras, la ley penal más benigna es inderogable hacia el pasado. La ley es *escrita*, cuando no emana de usos, prácticas o cánones sociales, sino que se encuentra plasmada en un documento, mediante un uso lingüístico inamovible; no es válida la ley penal consuetudinaria, salvo como eximente no escrita. La ley es *formal* cuando fue sancionada por el órgano con competencia legislativa (en general, las constituciones atribuyen competencia legislativa en materia penal a los parlamentos). La ley es *estricta* cuando se ajusta con precisión al caso bajo análisis, sin interpretaciones que extiendan su alcance a hechos diversos al abarcado por la norma. Éste es un argumento en favor del principio de tipicidad estudiado previamente y da lugar a lo que se denomina *estricta legalidad* como antecedente de la reacción punitiva.

Del principio de legalidad se derivan diversas prohibiciones: la prohibición de retroactividad de la ley penal más gravosa; la prohibición de aplicación de pena sin ley formal; la prohibición de analogía; y la prohibición de indeterminación.

El principio de legalidad es una característica distintiva de las constituciones modernas de los países civilizados¹. Es una de las manifestaciones más concretas del principio de libertad porque garantiza que la limitación de los derechos de los ciudadanos sólo puede provenir de la ley y

¹ Las diferentes fórmulas utilizadas en las diversas constituciones se citan más adelante al analizar otros principios constitucionales. En la Constitución argentina surge de los arts. 18 y 19.

nunca de la voluntad del Estado, ni siquiera de la del órgano legislativo, porque las leyes no pueden afectar derechos hacia el pasado sino sólo hacia el futuro. La legalidad importa el derecho de poder calcular las consecuencias jurídicas, de no ser sorprendidos por el poder, y ésta es una característica esencial de la libertad.

Este principio tiene un doble carácter. Por un lado es una expresión concreta del principio de culpabilidad, ya que la posibilidad de formular un juicio de reproche por la falta de motivación en la norma requiere necesariamente la previa existencia de ésta; sin ley previa no hay objeto respecto del cual motivarse y, consecuentemente, no puede haber culpabilidad. Esto se vincula con la posibilidad de cálculo a la que se hizo referencia previamente y que es una característica propia de la libertad.

Por otro lado, la legalidad es una garantía contra la arbitrariedad, en cuanto impide al Estado sancionar personas mediante el simple recurso de tipificar hacia el pasado las conductas que éstas cometieron, sea mediante la sanción de leyes retroactivas, o mediante el dictado de sentencias constitutivas de la ilegitimidad de la conducta.

John RAWLS resume brillantemente el sentido político de este principio:

“El precepto *nullum crimen sine lege*, y las exigencias que implica, se derivan de la idea de un sistema jurídico. Este precepto exige que las leyes sean conocidas y expresamente promulgadas, que su contenido sea claramente expuesto, que las leyes sean generales, tanto en su declaración como en su disposición, y no sean usadas de modo que dañen a los individuos particulares, quienes pueden estar expresamente señalados (lista de proscriptos), que al menos las faltas más graves sean estrictamente interpretadas, y que las leyes penales no sean retroactivas en perjuicio de aquellos a quienes se han de aplicar. Estas exigencias están implícitas en la idea de regular las conductas mediante normas públicas, ya que, si los estatutos no son claros en lo que ordenan y lo que prohíben, el ciudadano no sabe cómo ha de comportarse”².

Este principio-garantía tiene un ámbito de vigencia autónoma que lo separa de la noción de culpabilidad. La *estricta legalidad* rige incluso en situaciones en las que en abstracto podría afirmarse un reproche de culpabilidad fundado en el reconocimiento por parte del sujeto activo de la disvaliosidad de su conducta. Imaginemos el caso de una acción valorativamente similar a la descrita por el tipo pero que sólo pueda ser alcanzada por este dispositivo mediante una interpretación extensiva (lindante o no con una analógica). En esa situación es posible que el individuo conozca la norma y que por ignorancia considere que su acción se encuentra prohibida por ella. En ese caso podría sostenerse la existencia de un reproche de culpabilidad pero, sin embargo, la aplicación extensiva de la norma no puede llevarse a cabo porque así lo impone la garantía de la legalidad, como resguardo frente a decisiones constitutivas de delitos hacia el pasado.

² RAWLS, *Teoría de la justicia*, cit., p. 273.

No basta con que la ley sea previa. Debe ser una norma dictada por el órgano competente para establecer la restricción de derechos de que se trate (en el caso de las normas penales se trata de una función que las constituciones atribuyen al Parlamento³) y además debe tratarse de una ley precisa. El primer recaudo apareja al derecho penal el problema de las denominadas leyes penales en blanco; el segundo, el problema de los tipos abiertos, de la prohibición de analogía y la distinción entre interpretación analógica y extensiva de la ley penal.

2. Ley penal en blanco

Estamos en presencia de una *ley penal en blanco* cuando el tipo penal se remite a otra norma para precisar algunos de sus elementos. Se presenta un problema que atañe al principio de legalidad cuando esa otra norma no es dictada por el órgano con competencia penal sino por uno que carece de dicha competencia. Es el caso en que una ley del Parlamento remite a una norma reglamentaria dictada por el Poder Ejecutivo o a una norma provincial o municipal.

Ello ocurre por ejemplo, en la legislación antinarcóticos de la Argentina (ley 23.737) que no define el término estupefacientes, ya que el art. 77 último párrafo del Código Penal dispone que “el término ‘estupefacientes’ comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo Nacional”. Este es un ejemplo claro de ley penal en blanco en donde uno de los elementos del tipo objetivo (en el caso el más importante de la figura) se conforma mediante la remisión a una norma del Poder Ejecutivo, que es un órgano que carece de potestad de dictar normas penales (cf. art. 75, inc. 12, *a contrario sensu*, y 29, CN).

En principio, la situación parece no presentar problemas cuando la norma remitora contiene en sí misma la descripción de la conducta prohibida y sólo deja en manos de la norma remitida la determinación de elementos accesorios u objetos de referencia de la acción descrita en el tipo⁴. En cambio, cuando la remisión versa sobre la individualización de la conducta prohibida, esto es, cuando la descripción de ésta queda en manos del órgano remitido, se produce una ilegítima delegación de facultades (prohibida expresamente, por ejemplo, por el art. 29, CN) que contraría la exigencia de ley formal que deriva del principio de legalidad.

La distinción precedente no siempre es fácil de establecer, ya que, usualmente, de la determinación de todos los elementos de la descripción típica

³ Art. 75, inc. 22, CN.

⁴ Tal sería el caso, por ejemplo, del delito de desobediencia del art. 239 del Código Penal argentino, en donde las normas que determinan si el funcionario actúa en el ejercicio legítimo de sus funciones son referencias necesarias de la descripción.

nunca de la voluntad del Estado, ni siquiera de la del órgano legislativo, porque las leyes no pueden afectar derechos hacia el pasado sino sólo hacia el futuro. La legalidad importa el derecho de poder calcular las consecuencias jurídicas, de no ser sorprendidos por el poder, y ésta es una característica esencial de la libertad.

Este principio tiene un doble carácter. Por un lado es una expresión concreta del principio de culpabilidad, ya que la posibilidad de formular un juicio de reproche por la falta de motivación en la norma requiere necesariamente la previa existencia de ésta; sin ley previa no hay objeto respecto del cual motivarse y, consecuentemente, no puede haber culpabilidad. Esto se vincula con la posibilidad de cálculo a la que se hizo referencia previamente y que es una característica propia de la libertad.

Por otro lado, la legalidad es una garantía contra la arbitrariedad, en cuanto impide al Estado sancionar personas mediante el simple recurso de tipificar hacia el pasado las conductas que éstas cometieron, sea mediante la sanción de leyes retroactivas, o mediante el dictado de sentencias constitutivas de la ilegitimidad de la conducta.

John RAWLS resume brillantemente el sentido político de este principio:

“El precepto *nullum crimen sine lege*, y las exigencias que implica, se derivan de la idea de un sistema jurídico. Este precepto exige que las leyes sean conocidas y expresamente promulgadas, que su contenido sea claramente expuesto, que las leyes sean generales, tanto en su declaración como en su disposición, y no sean usadas de modo que dañen a los individuos particulares, quienes pueden estar expresamente señalados (lista de proscriptos), que al menos las faltas más graves sean estrictamente interpretadas, y que las leyes penales no sean retroactivas en perjuicio de aquellos a quienes se han de aplicar. Estas exigencias están implícitas en la idea de regular las conductas mediante normas públicas, ya que, si los estatutos no son claros en lo que ordenan y lo que prohíben, el ciudadano no sabe cómo ha de comportarse”².

Este principio-garantía tiene un ámbito de vigencia autónoma que lo separa de la noción de culpabilidad. La *estricta legalidad* rige incluso en situaciones en las que en abstracto podría afirmarse un reproche de culpabilidad fundado en el reconocimiento por parte del sujeto activo de la disvaliosidad de su conducta. Imaginemos el caso de una acción valorativamente similar a la descrita por el tipo pero que sólo pueda ser alcanzada por este dispositivo mediante una interpretación extensiva (lindante o no con una analógica). En esa situación es posible que el individuo conozca la norma y que por ignorancia considere que su acción se encuentra prohibida por ella. En ese caso podría sostenerse la existencia de un reproche de culpabilidad pero, sin embargo, la aplicación extensiva de la norma no puede llevarse a cabo porque así lo impone la garantía de la legalidad, como resguardo frente a decisiones constitutivas de delitos hacia el pasado.

² RAWLS, *Teoría de la justicia*, cit., p. 273.

No basta con que la ley sea previa. Debe ser una norma dictada por el órgano competente para establecer la restricción de derechos de que se trate (en el caso de las normas penales se trata de una función que las constituciones atribuyen al Parlamento³) y además debe tratarse de una ley precisa. El primer recaudo apareja al derecho penal el problema de las denominadas leyes penales en blanco; el segundo, el problema de los tipos abiertos, de la prohibición de analogía y la distinción entre interpretación analógica y extensiva de la ley penal.

2. Ley penal en blanco

Estamos en presencia de una *ley penal en blanco* cuando el tipo penal se remite a otra norma para precisar algunos de sus elementos. Se presenta un problema que atañe al principio de legalidad cuando esa otra norma no es dictada por el órgano con competencia penal sino por uno que carece de dicha competencia. Es el caso en que una ley del Parlamento remite a una norma reglamentaria dictada por el Poder Ejecutivo o a una norma provincial o municipal.

Ello ocurre por ejemplo, en la legislación antinarcótics de la Argentina (ley 23.737) que no define el término estupefacientes, ya que el art. 77 último párrafo del Código Penal dispone que “el término ‘estupefacientes’ comprende los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia física o psíquica que se incluyan en las listas que se elaboren y actualicen periódicamente por decreto del Poder Ejecutivo Nacional”. Este es un ejemplo claro de ley penal en blanco en donde uno de los elementos del tipo objetivo (en el caso el más importante de la figura) se conforma mediante la remisión a una norma del Poder Ejecutivo, que es un órgano que carece de potestad de dictar normas penales (cf. art. 75, inc. 12, *a contrario sensu*, y 29, CN).

En principio, la situación parece no presentar problemas cuando la norma remisoras contiene en sí misma la descripción de la conducta prohibida y sólo deja en manos de la norma remitida la determinación de elementos accesorios u objetos de referencia de la acción descrita en el tipo⁴. En cambio, cuando la remisión versa sobre la individualización de la conducta prohibida, esto es, cuando la descripción de ésta queda en manos del órgano remitido, se produce una ilegítima delegación de facultades (prohibida expresamente, por ejemplo, por el art. 29, CN) que contraría la exigencia de ley formal que deriva del principio de legalidad.

La distinción precedente no siempre es fácil de establecer, ya que, usualmente, de la determinación de todos los elementos de la descripción típica

³ Art. 75, inc. 22, CN.

⁴ Tal sería el caso, por ejemplo, del delito de desobediencia del art. 239 del Código Penal argentino, en donde las normas que determinan si el funcionario actúa en el ejercicio legítimo de sus funciones son referencias necesarias de la descripción.

depende la individualización de la acción penalmente relevante. En el ejemplo citado de la ley de estupefacientes de Argentina, la definición de la sustancia es esencial para determinar el contenido material de la prohibición; ¿qué pasaría si el Poder Ejecutivo decidiera introducir en la lista al whisky o al vodka o a los cigarrillos?; evidentemente se trataría de productos susceptibles de producir dependencia psíquica y física y por ende podrían ser incluidos en las listas, pero no cabe duda de que en tal caso se estaría modificando esencialmente el contenido de la norma, extendiendo la prohibición legislativa de producir, comercializar y tener drogas, a una prohibición similar respecto de productos que están libremente en el comercio y cuya ilegalización no fue decidida expresamente por un acto parlamentario.

Si tomamos como ejemplo la conducta de tener estupefacientes, no podemos afirmar que la característica esencial de la conducta sea el *tener*, ya que el objeto “tenido” determina sustancialmente el tipo de acción de que se trata. No se parecen ni son lo mismo las acciones de tener drogas y la de tener una botella de agua mineral y, por el sentido social de las mismas (y sólo por eso), tampoco son similares la acción de tener un cigarrillo de marihuana y la de tener un cigarrillo de tabaco, o la de tener un gramo de cocaína y la de tener un litro de vodka. Si bien no existe diferencia sustancial en la aptitud para crear dependencia entre lo que hoy se denominan drogas y elementos tales como el alcohol o el cigarrillo, ese dato no permite soslayar que la inclusión por vía reglamentaria de estas últimas sustancias dentro del ámbito de prohibición de la ley, constituye una ampliación de la punibilidad por parte de un órgano sin competencia para ello; o, en otras palabras, mediante una norma que no es ley en sentido formal.

Por las dificultades expuestas, creo que la validez constitucional de las leyes penales en blanco es sumamente limitada y sólo puede sostenerse en la medida que: a) por la naturaleza de la cosa no haya otra forma de legislar que mediante una remisión a normas de otro carácter; b) la remisión no verse sobre los caracteres propios que permiten individualizar la conducta típica; y c) la norma complementaria dictada por el órgano remitente no sea modificatoria (en sentido ampliatorio) del sentido jurídico o social de la prohibición.

3. Tipos abiertos

Estamos en presencia de un *tipo penal abierto*, cuando la descripción efectuada en el tipo no es suficientemente precisa y deja un margen significativo para la interpretación acerca de cuáles conductas quedan atrapadas en él. En realidad, todo tipo puede ser calificado como abierto por dejar un margen para la interpretación⁵, por lo que parecería que estamos

⁵ Hasta un tipo tan claro como el del homicidio (“El que matare a otro...”) puede generar problemas para determinar cuándo finaliza la vida humana y, consecuentemente, si concurre el principal elemento del tipo (el “otro”) y el propio bien jurídico.

en presencia de una cuestión de grados: hay tipos más cerrados y otros más abiertos.

La apertura típica genera varios problemas constitucionales. Es evidente que un tipo absolutamente abierto⁶ es un *no tipo*, ya que no describe conducta alguna y lesiona el principio constitucional de tipicidad. Pero, a la vez, se produce una clara violación del principio de legalidad, porque en el tipo abierto no es la ley la que crea el delito sino la voluntad posterior del juez que lo cierra al momento de la sentencia. En efecto, es recién en ese momento cuando se establece el alcance concreto de la prohibición y se determina si la acción bajo análisis es delictiva o no. Este acto de interpretación destinado a cerrar la descripción legal es en realidad el acto estatal que describe la conducta abstracta contraria a la norma antepuesta al tipo; y esto es, ni más ni menos, que el acto de consagrar el tipo penal para el caso concreto, para afirmar en ese mismo acto si la acción juzgada es típica o no. Como ese acto es posterior a la comisión de la acción, la aplicación del criterio jurídico resultante constituye, claramente, una aplicación retroactiva de la ley penal.

Ése es el problema de los tipos abiertos y por ello es tarea de la dogmática establecer el grado de apertura típica constitucionalmente admisible, que debe limitarse a la estricta necesidad derivada de la naturaleza de la descripción y de la materia sobre la que versa.

4. Interpretación analógica y extensiva

Ninguna interpretación extensiva o analógica puede fundamentar un juicio de tipicidad penal, con independencia del grado de reproche que se pueda formular al autor y de la disvaliosidad de su conducta.

Si bien existe consenso en el rechazo de la analogía *in malam parte* (si es en favor del sujeto no causa agravio constitucional), se suele llevar a cabo una distinción entre lo que es analogía y lo que es una simple interpretación extensiva de la ley penal que no sería constitucionalmente inválida. Así, mientras analogía es aplicar las consecuencias de la ley a una acción diferente a la descrita por ella, interpretación extensiva sería *la que diera al texto legal el contenido máximo de casos*⁷, esto es, la interpretación más amplia dentro de las interpretaciones posibles.

BACIGALUPO señala, con razón, que “la tolerancia de la interpretación extensiva es precisamente la causa generadora del problema del límite de la extensión permitida”⁸, señalando acertadamente que “si toda interpretación requiere una operación intelectual que se sirve de la comparación

⁶ Por ejemplo, uno que dijera: “Serán castigadas todas las acciones que le disgusten al Juez”.

⁷ BACIGALUPO, *Principios constitucionales de derecho penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 78.

⁸ BACIGALUPO, *Principios constitucionales de derecho penal*, cit., p. 94.

y, por lo tanto, de la analogía, y no hay posibilidad de aplicación de la ley sin interpretación, la prohibición de analogía se presenta como un medio inadecuado para lograr el fin institucional que con ella se persigue. Las soluciones hoy dominantes son criticables precisamente porque en este conflicto dan preferencia al medio y sacrifican el fin”⁹. Por ello sostiene que “ya la extensión de la ley penal por encima de la interpretación que permita fijar un número mínimo de casos comprendidos en su texto es violatoria de la función de garantía de la ley penal”¹⁰.

De las palabras de BECCARIA podemos arribar a una conclusión similar:

“En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondráse como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre”.

“Un desorden que nace de la rigurosa y literal observancia de una ley penal, no puede compararse con los desórdenes que nacen de la interpretación”¹¹.

Aunque la aspiración de que la ley penal permita llevar a cabo un silogismo perfecto es utópica, porque las deficiencias propias del lenguaje constituyen un obstáculo insalvable, el criterio marca el punto de referencia ideal al que se debe aspirar (y que como criterio rector sirve para custodiar los principios de legalidad y tipicidad), y obliga a rechazar cualquier intento de llevar a cabo una interpretación orientada a ampliar el número de casos que la ley permite atrapar.

De todos modos debe destacarse que la operatividad de la garantía de la legalidad en las diferentes categorías de la teoría del delito, adquiere particularidades en unión del estrato dogmático en el que opera.

En el nivel de la tipicidad, la regla es la estricta legalidad, que impide toda interpretación analógica y extensiva del alcance de los tipos penales y exige una estricta precisión en cuanto al alcance de la norma prohibitiva. La situación parece variar en el estrato analítico de la antijuridicidad, en donde parece lícito reducir teleológicamente el alcance de ciertas causas de justificación¹², conforme se analizará más adelante.

⁹ *Idem*.

¹⁰ BACIGALUPO, *Principios constitucionales de derecho penal*, cit., p. 95.

¹¹ BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., capítulo 4.

¹² Sostiene BACIGALUPO (*Principios constitucionales de derecho penal*, cit., p. 53) que “una reducción teleológica del alcance de una causa de justificación expresamente reconocida por el ordenamiento jurídico sólo resultará compatible con la prohibición de generalización y con el respecto de la objetividad del derecho penal, si tal restricción del alcance se fundamenta, como lo propone Jakobs, en una ‘cultura interpretativa practicada’, es decir, que recoge una tradición interpretativa suficientemente estabilizada como para garantizar una aplicación objetiva del derecho”.

No hay delito sin acción que afecta el derecho de otro.

1. Libertad y afectación de terceros (el bien jurídico)

El Estado no puede meterse con los ciudadanos a menos que sus conductas afecten a los demás.

Este principio es clave para el derecho penal liberal. Es la manifestación precisa de la prelación moral de la persona por sobre el conjunto social. Es la consagración de la libertad como valor supremo; la libertad para hacer lo que se quiera sin más límite que la libertad de los otros. La libertad absoluta, por supuesto, ya que su única restricción se encuentra en sí misma.

El principio jurídico de la libertad es de carácter general y se manifiesta en el derecho penal a través del denominado *principio de lesividad*, en virtud del cual la aplicación de penas sólo puede habilitarse en relación a una acción humana que afecta la libertad de los demás ciudadanos.

Hemos visto que el art. 19, CN, en su primera parte establece que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

La Constitución uruguaya consagra una fórmula similar pero con pequeñas variaciones que le dan un sentido más liberal aún; así el art. 10 de ese texto en su segundo párrafo dispone: “Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados”. El principio está consagrado también en las constituciones de Costa Rica (art. 28 ya citado) y Paraguay¹.

Existen otros regímenes jurídicos que consagran el principio inverso. Por ejemplo, el art. 62 de la Constitución cubana dispone: “Ninguna de las libertades reconocidas a los ciudadanos puede ser ejercida contra lo establecido en la Constitución y las leyes, ni contra la existencia y fines del Estado socialista, ni contra la decisión del pueblo cubano de construir el socialismo y el comunismo. La infracción de este principio es punible”.

¹ Artículo 33: “Del derecho a la intimidad: La intimidad personal y familiar, así como el respeto a la vida privada, son inviolables. *La conducta de las personas, en tanto no afecte al orden público establecido en la ley o a los derechos de terceros, está exenta de la autoridad pública.* Se garantizan el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas” (destacado agregado).

Respecto de este texto es interesante destacar que: a) la regla no es la libertad sino la potestad estatal de restringirla; nótese que se habla de las libertades *reconocidas a los ciudadanos*, cuando ello sería innecesario en el sistema inverso, en el que la libertad es la regla (y ella sería lo único *reconocido* por la Constitución) y la prohibición la excepción; b) la libertad puede ser limitada por la ley cualquiera sea contenido de ésta; c) la libertad está a merced de criterios difusos de explícito tinte colectivista que permiten justificar cualquier tipo de resultado final; y d) es imposible trazar *a priori* cualquier tipo de criterio jurídico que defina cuál es el ámbito de libertad individual, por lo que la regla constitucional no es una garantía individual sino una habilitación de poder estatal.

La Constitución de Panamá también supedita los derechos individuales a difusos criterios de utilidad social. El art. 46 dispone: “Cuando dé la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad o de interés social resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés del público o social”.

Por su parte la Constitución de la República Dominicana en su art. 8, inc. 5, establece que “a nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no manda ni impedirle lo que la ley no prohíbe. La ley es igual para todos: no puede ordenar más que lo que es justo y útil para la comunidad ni puede prohibir más que lo que le perjudica”. Nótese que la expresión *justo y útil para la comunidad* está precedida por la referencia a las normas imperativas, lo que puede ser interpretado como una confirmación de la obligación de solidaridad que subyace a este tipo de normas (y que constituye una de las justificaciones éticas de los delitos de omisión). Pero al referirse a las prohibiciones (propias de las normas antepuestas a los tipos activos) condiciona la validez de la norma a la afectación de terceros, con lo que podemos encontrar aquí consagrado claramente el principio de lesividad.

La interpretación de la fórmula del art. 19, CN, no es uniforme. Las polémicas existentes al respecto son el fiel reflejo del abismo ideológico que separa a liberales y paternalistas², entre quienes pretenden extraer de la norma el mayor beneficio para el goce de las libertades individuales y quienes, temerosos de ellas, se refugian en una definición descontextuada y tramposa de los límites legales para desvirtuar el sentido dogmático de la disposición. En esta tónica, la interpretación de las nociones de “orden” y “moral pública” e incluso la de “afectación de terceros”, han llegado a extremos tales de instaurar el principio contrario, que sería: *todas las acciones de los hombres podrán ser reguladas por el estado, salvo que sean de índole estrictamente privada*. ¿Cómo se llega a este punto? Muy fácil, primero se elaboran, en abstracto, las nociones de “orden”, “moral pública” y “afectación a terceros”, y una vez establecidos estos conceptos con la mayor amplitud que el intérprete desee, se los utiliza para limitar el con-

cepto de libertad. Las nociones de “orden” y “moral pública” permiten las más variadas elucubraciones autoritarias, funcionales a los discursos de “ley y orden” o “tradición, familia y propiedad”, y a los fundamentalismos religiosos que pretenden la absoluta etización del derecho. Por eso, el recorrido argumental señalado (que primero define estos conceptos y luego, con lo que queda, define a la libertad) deriva necesariamente en la fórmula inversa a la consagrada en el texto constitucional citado. Esto demuestra que esa forma de razonamiento no es pertinente para interpretar el art. 19, CN, y los textos que prevén una fórmula similar.

El método de interpretación citado no es correcto porque desatiende el principio general consagrado en la norma, que es la intangibilidad de las acciones privadas, es decir de aquellas que intrínsecamente constituyen el ejercicio de la libertad. No se puede dejar de lado la redacción utilizada en el texto, que coloca en primer plano a la libertad y en un segundo plano a sus límites. No se puede definir a los conceptos limitativos en abstracto, de manera totalmente independiente del principio general que se pretende limitar, porque de ese modo, como vimos, es inevitable la consagración del principio inverso. Para evitarlo, entonces, hay que definir con carácter previo qué es una acción privada y recién con posterioridad se pueden configurar los conceptos de “orden”, “moral pública” y “afectación a terceros”. La fórmula analizada marca un límite claro que restringe, incluso, el propio límite establecido en la norma. La amplitud con que se consagra el principio de la libertad y de la privacidad, limita severamente las nociones de orden público, moral pública y afectación a terceros, ya que de otra forma carecería de sentido el establecimiento de la regla tal como está. Veamos, entonces, qué significa “acción privada”.

Me parece claro que el concepto no se limita a aquello que se hace en privado o en secreto o fuera de la vista de los demás. Una limitación tan ridícula del sentido de la libertad no parece desprenderse del sentido de la norma, ni tampoco de sus palabras, ya que privado no significa secreto u oculto, sino propio. Entonces:

Acción privada es aquella que es propia, en el sentido de privativa, exclusiva, y por ende no *socializable* o *estatizable*. *Acción privada* es lo que se hace en relación a sí mismo o consigo mismo; todo lo que tenga que ver con el cuerpo, el alma, la mente, la personalidad, en definitiva, con la propia vida; todo lo que un ser humano hace consigo es privado de él y por eso le es privativo. *Acción privada* es la expresión y exteriorización de la propia personalidad y de las propias ideas; es la actividad vinculada al desarrollo y ejercicio de las ideas o creencias, la educación y el desarrollo personal. *Acción privada*, es toda aquella vinculada con el ejercicio de los derechos y libertades establecidos en la Constitución; cuando se tiene determinado derecho, su ejercicio es privativo y por ende privado. *Acción privada*, es la interacción con otro cuando se vincula con la privacidad y libertad de ambos; cuando un comportamiento conjunto es realizado en pleno ejercicio de libertad por todos los sujetos que interactúan, es privativo de todos y cada uno de ellos.

² Y del otro abismo que separa a tolerantes y autoritarios.

Por contraposición a las acciones privadas existen las acciones públicas que, obviamente, no son las visibles o trascendentes a terceros, ya que las privadas también lo son. La acción es pública cuando se desarrolla en el ámbito de lo público, esto es, en el marco de una responsabilidad político estatal. *Acción privada* es, entonces, toda aquella que no es pública.

Definido así el concepto en su mayor amplitud, corresponde determinar los límites que, adelante, se reducen prácticamente a uno solo: la libertad de los demás. En ello radica la esencia del principio de reserva o lesividad: en la afectación a terceros como límite de la libertad. Allí donde alguien afecta a otro, el Estado, en representación de ese otro, hace uso del poder delegado en el contrato social y actúa contra el agresor. La protección estatal de la libertad pone de manifiesto hasta dónde llega esa libertad. Denota que ella es absoluta.

La idea de afectación a terceros (lesividad) es la esencia del concepto de bien jurídico en una sociedad libre, en la que las personas no pueden ser compelidas por las normas por la mera razón de Estado.

El bien jurídico es un derecho individual. No es nada más que eso. *Es la expresión de la libertad individual respecto de una situación concreta: la libertad de disponer de la vida, de la honra, de las ideas, de la propiedad, en suma, de todo aquello a lo tenemos derecho de disponer.* Con los bienes jurídicos colectivos ocurre lo mismo, sólo que son muchos los titulares.

Cuando esa libertad, esos derechos, son afectados por la acción de otro, estamos en presencia de una conducta (que puede o no ser privada) menoscabadora de un bien jurídico, y que, por consiguiente, puede ser tipificada como delito si el legislador lo considera conveniente y si ningún otro límite constitucional se lo impide.

Debe quedar claro que no corresponde hablar de bien jurídico tutelado porque, como hemos visto, es dudoso que el derecho penal lleve a cabo esa tutela; de hecho, respecto del bien ya afectado, la protección es lógicamente imposible porque no se puede volver el tiempo atrás. En cambio, sí es posible referirse al bien jurídico afectado por la acción, como criterio limitador del ejercicio del poder estatal³.

La noción de bien jurídico ha sido definida por la doctrina mediante criterios diversos, muchos de estos criterios son compatibles con la concepción liberal del Estado y otros directamente se le contraponen.

Para el Prof. ZAFFARONI *el bien jurídico es la relación de disponibilidad entre una persona y un objeto*⁴. Esta definición⁵ es la fuente inspiradora de

³ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., ps. 120-121.

⁴ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 466. Este concepto tiene ligeras modificaciones del ensayado en el anterior tratado de ZAFFARONI (*Tratado de derecho penal. Parte general*, Ed. Ediar, 1981, t. III, p. 240), donde decía que "bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de una persona con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante normas que prohíben determinadas conductas que las afectan, las que se expresan con la tipificación de esas conductas". Ahora se ha eliminado la idea de tutela y en lugar de persona se habla de sujeto.

⁵ En realidad, la original del autor citada en la nota anterior.

la noción de bien jurídico que asumí previamente y constituye la manifestación más garantizadora y limitativa frente al poder estatal.

Claus ROXIN⁶ también propone un concepto de corte liberal. Critica el denominado concepto metodológico⁷, y propone *un concepto de bien jurídico expresivo en su contenido y limitador del Derecho penal*⁸. Considera que no sólo existen bienes jurídicos individuales, ya que, por ejemplo, son también bienes jurídicos el Estado las divisas o la administración de justicia⁹. Afirma que el legislador se encuentra limitado sólo por la Constitución (lo que lo lleva a hablar de un concepto constitucional de bien jurídico)¹⁰ y define diciendo que "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"¹¹.

Günter JAKOBS¹² está, a mi entender, en la vereda opuesta. Si bien reconoce la relevancia de la teoría del bien jurídico entendida como relación entre una persona y un objeto¹³, a su juicio existen delitos que no tutelan un bien jurídico (entendido como esta relación) y hay elementos de los tipos penales que no se explican en la protección de tales bienes¹⁴, como así también supuestos de anticipación de la protección¹⁵, que son casos de peligro abstracto en los que se protege la vigencia de la norma. La posición de este autor al respecto surge claramente de su concepción general sobre el derecho penal y la pena: "La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas. Por eso –aun contradiciendo el lenguaje usual– *se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales*

⁶ ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, citado.

⁷ ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, cit., p. 54, se refiere en forma crítica, las nociones brindadas por HONIG (quien se refiere al "sentido y fin de las concretas normas del Derecho penal") y GRÜNHUT (quien habla de una "abreviatura de la idea del fin"). Es interesante cómo estas ideas son receptadas por JAKOBS (cit., p. 50) para sostener en una de sus tantas definiciones que "el bien jurídico ha de entenderse entonces como sentido y finalidad de las proposiciones jurídicas singulares o como abreviatura de la idea del fin".

⁸ ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, cit., p. 55.

⁹ ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, cit., p. 54.

¹⁰ ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, cit., p. 55. Ver nota 17.

¹¹ ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, cit., p. 56.

¹² JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., ps. 43-61.

¹³ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 51.

¹⁴ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 52-55.

¹⁵ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 58.

frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico-penal¹⁶.

El concepto de JAKOBS disuelve la noción de bien jurídico como herramienta limitadora. Tal como ocurre con su idea de la culpabilidad, JAKOBS confunde los fines político-criminales con los límites constitucionales a dichos fines, haciendo que los límites desaparezcan. Esto es una consecuencia necesaria de su punto de partida: es imposible que un límite a la pena tenga sentido como tal si su justificación se busca en la propia teoría de la pena, porque ello conduce a que tanto la pena como sus límites tengan un sentido jurídico común. Y en ello radica, según la perspectiva liberal aquí ensayada, el error del planteo: la pena puede tener la finalidad o la justificación que a uno más le guste, pero los límites al poder punitivo tienen un sentido garantizador independiente de esa finalidad y sólo pueden cumplir su cometido en la medida que admitamos que llegado el caso pueden frustrar la pretensión punitiva estatal; esto debe ser reconocido si realmente queremos poner frenos al poder punitivo del Estado. El problema es que JAKOBS no admite que, en una solución concreta, los fines de la pena se puedan ver frustrados, porque ello afectaría la vigencia de la norma¹⁷. En definitiva, si se adopta la noción criticada, la sociedad desplazaría a la persona como punto de referencia esencial. No se trataría ya de conservar la relación de la persona con un objeto, sino de mantener el poder de la sociedad a partir de la vigencia de las normas que dicta el Estado, con independencia de si estas normas protegen o no los derechos de la persona u otros intereses.

La concepción axiológica escogida para justificar el Estado, en la que el individuo le es anterior y moralmente superior, impide que las personas se vean subordinadas a una pena estatal dirigida a conservar abstracciones tales como *la firmeza en las expectativas normativas esenciales* y no admite la limitación de la libertad por la mera voluntad de la autoridad. Es más, vimos que el Estado concebido como un “marco para la utopía” no puede impedir que los individuos se agrupen en comunidades con sus

¹⁶ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 45 (destacado agregado).

¹⁷ Ello puede verse, por ejemplo, en su criterio para juzgar la evitabilidad del error de prohibición, cuando afirma que “el autor no puede invocar un déficit, realmente existente, en las condiciones psíquicas de la observancia de la norma, si es que se quiere que el Derecho penal garantice que no haya que contar con un déficit de esa clase, es decir, si se protege la confianza en que toda persona imputable no va a dejar que se produzca tal situación deficitaria. Como el Derecho penal debe estatuir la confianza general en la norma, todo autor es responsable de tal déficit de lealtad a la norma. Tal es la perspectiva normativa” (JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 675). Me parece claro que este criterio hace prevalecer la razón de Estado por sobre la vigencia tradicional del principio de culpabilidad, justamente porque no se admite, en ninguna situación, que el derecho pueda admitir que la expectativa normativa se vea contrariada por una pretensión individual. Para JAKOBS, esta expectativa vale por sobre todas las cosas.

propias *expectativas esenciales* que incluso pueden ser contrarias al propio marco utópico sobre el que se legitima el Estado, razón por la cual éste se ve impedido no sólo de intentar imponer determinadas “expectativas” sino de transformar a las mayoritarias o dominantes en el bien supremo a preservar por la norma penal. En el Estado utópico sólo puede utilizarse la coacción para proteger los derechos individuales o como reacción frente a su afectación. Todas las personas, el propio Estado que éstas conforman, y la coacción que pueden ejercer, están sometidas a esos derechos y cualquier intento de invertir la ecuación cae fuera de los límites de la “moralidad institucional”. Y, positivamente, esta pretensión queda fuera de los límites de lo constitucionalmente admisible, ya que la coacción estatal no puede estar dirigida a la mera imposición del orden o de determinada moral sino que se ve supeditada a la afectación de los derechos de los demás.

2. Los límites difusos y su acotación

En otro trabajo tuve la oportunidad de analizar esta cuestión¹⁸ y creo conveniente repasar algunos puntos de esta problemática.

2. a. La moral pública

Es éste un concepto vago que puede conducir a consecuencias desastrosas en el campo de la interpretación jurídica. Como vimos, la Constitución del Uruguay felizmente no lo incluye como sí lo hace la Constitución de Argentina.

Definido previamente el concepto de acción privada, debemos elaborar uno de “moral pública” que sea respetuoso de aquél, y que no desvirtúe la regla normativa según la cual aquélla es intangible.

La moral no puede ser en sí misma un bien jurídico, ya que ello importaría eliminación de la noción de bien jurídico como límite a la libertad reemplazándolo por la voluntad del intérprete de lo que es moral. En otras palabras, las acciones privadas sólo quedarían exentas de la voluntad de los magistrados cuando el órgano encargado de decir qué es moral y qué inmoral así lo decidiera, lo que equivale a decir que la libertad misma quedaría sujeta a la simple voluntad de ese intérprete.

Además, hay que tener en cuenta que el mérito moral sólo puede existir a partir de una decisión libre individual no condicionada por la coacción estatal¹⁹, y que cuando el Estado pretende imponer una moral se tor-

¹⁸ SILVESTRONI, Mariano H., *Eutanasia y muerte piadosa, La relevancia del consentimiento de la víctima como eximente de responsabilidad criminal*, en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, Ed. Ad-Hoc, año V, n° 9-A, 1999, ps. 557-573. Lo que sigue se basa en la idea de dicho trabajo.

¹⁹ HAYEK, *Camino de servidumbre*, cit., p. 253: “Lo que nuestra generación corre el peligro de olvidar no es sólo que la moral es necesariamente un fenómeno de la conducta individual, sino, además, que sólo puede existir en la esfera en que el individuo es libre para deci-

na inmoral²⁰. Consecuentemente, si queremos interpretar el límite constitucional de modo razonable, no podemos considerar que consagra a la moral como bien a proteger por las normas jurídicas.

El profesor ZAFFARONI es categórico en cuanto a que la moral “No puede ser un bien jurídico, porque ése es precisamente el límite en que se pasa al derecho penal represivo”²¹. ROXIN, por su parte, sostiene que “las meras inmoralidades no lesionan ningún bien jurídico y por ello deben quedar impunes”²². El jurista argentino interpreta el art. 19, CN, diciendo que si bien la moral no puede ser un bien jurídico-penalmente tutelado, sí puede serlo el sentimiento moral de un sujeto, por lo que puede prohibirse penalmente la afectación de dicho sentimiento contra su voluntad²³. La moral pública sería, entonces, el sentimiento moral de cada persona que el Estado puede tutelar mediante la sanción de las conductas que lo afectan. Este criterio reconduce la noción de *moral pública* a la de afectación a terceros, y se hace pasible de la objeción de que, en tal caso, el primer concepto estaría sobrando porque bastaría con el segundo.

Sin embargo, creo que esta objeción puede ser respondida con éxito. Aunque todos los límites a la libertad se reconducen a la noción de afectación de terceros, la inclusión expresa de la moral pública como uno de esos límites tiene un claro un sentido normativo que le da razón de ser y hace que no sea sobreaundante. ¿Cuál es ese sentido? Tenemos que buscarlo en la amplitud con que la Constitución tutela la libertad individual, que lleva a descartar cualquier límite fundado en consideraciones de índole moral. Siendo ello así, es evidente que la inclusión expresa de la *moral pública* como límite a la libertad tiene el efecto jurídico de permitir la reprobación jurídica de la afectación del sentimiento moral de un tercero. En otras palabras, es una forma de aclarar que el ataque a ese sentimiento moral es un tipo de afectación de terceros susceptible de ser sancionada.

La ausencia de esa expresa mención constitucional (sería el caso de la Constitución uruguaya) permitiría sostener, a quien pretendiese afectar el sentimiento moral de un tercero, que su conducta no es una forma de afectación jurídicamente relevante y que por ello no puede ser sancionada. Pero el establecimiento expreso de la moral pública (el sentimiento

dir por sí y para sacrificar sus ventajas personales ante la observancia de la regla moral. Fuera de la esfera de la responsabilidad individual no hay ni bondad ni maldad, ni oportunidad para el mérito moral, ni lugar para probar las convicciones propias sacrificando a lo que uno considera como justo los deseos personales. Sólo cuando somos responsables de nuestros propios intereses y libres para sacrificarlos, tiene valor moral nuestra decisión”.

²⁰ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 120.

²¹ ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. III, cit., p. 245.

²² ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. III, cit., p. 56.

²³ ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. III, cit., p. 243. Similar, ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, cit., p. 57.

moral de un tercero) como valla a la libertad, descarta ese argumento, y de esa forma adquiere un claro sentido normativo que no lo torna sobreaundante. De todos modos, no se puede dejar de lado que el término constitucional utilizado es “moral pública” y que, al menos a primera vista, ello dista de lo que se puede entender como el sentimiento moral de un sujeto. Es necesaria alguna explicación adicional.

Ya vimos que el término en cuestión no puede ser entendido como la moral del Estado o de la sociedad o de la mayoría, ya que ello nos conduciría a un derecho penal autoritario y sería contrario a la regla constitucional. Creo que en este caso el adjetivo “pública” tiene como sentido denotar la importancia del sentimiento moral que puede ser objeto de afectación. No cualquiera puede serlo sino sólo aquellos de una entidad tal que puedan ser catalogados como integrantes de la moral pública, esto es, de las pautas éticas que adquieren una significación social tal que justifiquen una tutela jurídica aun contra acciones de índole privada. La rigidez con que la libertad es consagrada requiere que los límites que se le imponen tengan una entidad jurídica acorde con la regla que limitan. Por eso el sentimiento moral que justifica una restricción a la libertad debe ser importante para la sociedad y en ello se resume su adjetivación como público. En definitiva, nadie puede invocar la privatividad de una conducta para sostener la impunidad cuando con ella afecta el sentimiento moral de un tercero que reviste una jerarquía especial desde el punto de vista social.

De este modo, el adjetivo “pública”, en lugar de configurar una restricción adicional a la libertad, constituye una ampliación porque restringe el propio límite a la libertad.

La protección del sentimiento moral de un tercero trae un problema de delimitación del campo de libertad.

Imaginemos que *A* alega que una acción privada de *B* afecta su sentimiento moral. Frente a esa situación, *B* posee el mismo derecho de sostener que el sentimiento moral de *A* –consistente en sentirse afectado por la acción de *B*– afecta su propio sentimiento moral. Se genera una paradoja en razón de que dos sentimientos morales, en principio dignos de tutela, son incompatibles entre sí. La protección de uno afecta al otro y viceversa.

La única solución adecuada (en un marco de respeto a la privacidad y para no desnaturalizar la garantía que implica la concepción de bien jurídico como límite al poder) es que ambos sentimientos morales se neutralicen²⁴ y que la conducta no pierda su tutela constitucional por no afectar a terceros.

Todo ello nos conduce, además, a otra paradoja. Si *A* tuviese derecho a intervenir en las decisiones de *B* concernientes en la realización de accio-

²⁴ Este dilema fue analizado en el citado artículo sobre el problema de la eutanasia, donde dije que la consideración del sentimiento moral de *B* y la neutralización de ambos como vía de solución fue una sugerencia de Julio E. S. VIRGOLINI.

nes privadas, debemos concluir que, del mismo modo, *B* tiene derecho a intervenir en la decisión de *A* de intervenir en la acción privada de *B*. Ello nos coloca frente a una situación circular. La propia existencia de este problema demuestra lo absurdo de reconocerle a un sujeto potestad sobre la acción privada de otro, y resulta argumento suficiente para negar tal injerencia. No obstante, aun reconociéndola, queda claro que el derecho de *B* es más fuerte que el de *A*, ya que *B* posee su propio derecho sobre sí mismo más el derecho que le otorgaría su facultad de injerencia sobre *A*.

Estos problemas reafirman lo sostenido al comienzo en cuanto a que, en realidad, no es la moral pública la que debe delimitar el concepto de acción privada sino que, por el contrario, es el concepto de acción privada el que debe precisar los alcances de la moral pública (esto es, de los sentimientos morales individuales susceptibles de ser tutelados jurídicamente).

Las paradojas señaladas no conducen a neutralizar siempre el derecho del tercero de que se proteja su sentimiento moral, sino sólo cuando ese sentimiento moral pretende verse afectado por una acción privada. En los demás casos el bien del tercero merece tutela. La consecuencia que propongo es que no sea el alcance de la pretensión del tercero la que delimite el campo de la acción privada sino que debe seguirse el camino inverso: la noción objetiva de acción privada determinará cuáles sentimientos morales serán dignos de tutela jurídica y cuáles no.

2. b. El orden

La noción de orden se explica satisfactoriamente desde la óptica de la tutela de bienes jurídicos. El orden es el estado de cosas ideal que se pretende preservar con la ley a fin de que los bienes de las personas no se vean afectados.

Para preservar los derechos individuales es necesario crear instituciones que a su vez necesitan ser protegidas de ataques de terceros. Cuando las normas protegen la vigencia de esas instituciones decimos que tutelamos bienes jurídicos colectivos o supraindividuales que se caracterizan porque no tienen un único titular, ya que todos los ciudadanos lo son.

Estos bienes no nacen de la mera razón de Estado, ni dañan lugar a normas de mera desobediencia. Nacen de la necesidad de preservar determinadas instituciones que son necesarias para la existencia de los bienes con titulares únicos. Así ocurre, por ejemplo, con la administración de justicia, cuya existencia es necesaria para hacer valer derechos subjetivos cuando éstos son lesionados, de modo tal que aquélla se explica como una extensión de éstos. Y lo mismo ocurre con la fe pública, la tranquilidad pública, el orden democrático, el erario público, etcétera. En todos estos casos existen bienes individuales con titulares únicos cuyo goce se ve acrecentado a partir de la existencia de esos bienes colectivos.

Creo que la noción de orden es explicable satisfactoriamente como el conjunto de estos bienes colectivos que sirven para acrecentar el pleno ejercicio de los derechos personales. Por esa razón, no es válido interpretarla como una herramienta para interferir en el ejercicio de esos derechos.

En otros términos, el concepto de orden puede interpretarse como una manifestación resumida del poder de imperio estatal respecto de la tutela de los bienes jurídicos. Podría decirse que este concepto representa una obviedad en cuanto establece que nadie puede invocar la libertad contra el poder del Estado. Pero esta obviedad no marca ningún criterio sustancial en cuanto al contenido de ese poder (salvo para dejar en claro que pueden existir bienes jurídicos colectivos). En otras palabras, este concepto no legitima ninguna facultad estatal frente a la libertad. Se trata de una mera reafirmación del poder de imperio²⁵: *nadie puede ir contra el poder del Estado (lo que a su vez significa: nadie puede atentar contra el reaseguro de los derechos individuales)*.

3. Tolerancia e intolerancia

3. a. ¿Un círculo vicioso?

La *tolerancia* es consecuencia de la intangibilidad del ser humano y su libertad. Desde lo político significa que las personas tienen derecho de *ser, pensar, expresarse y actuar* libremente sin ser sometidas a restricciones o sanciones que se funden en el mero hecho de lo que se *es, se piensa, se expresa o se hace*, salvo, en estos dos últimos casos, que con ello se afecte el derecho de otro, en cuyo caso es admisible la coacción restrictiva o sancionatoria.

Existe otra dimensión de la tolerancia que excede la faz política y que tiene que ver con la actitud personal ante lo que los demás *son, piensan, expresan o hacen*. Esa actitud puede ser de repudio (expreso o interior), aceptación (exterior o interior) o indiferencia.

Para evitar confusiones terminológicas, que pueden tener consecuencias funestas en el debate, voy a denominar *tolerancia* a la faz política y *condescendencia* a la faz personal. Entonces, podremos decir que es *tolerante* un Estado que admite la absoluta intangibilidad personal y que, consecuentemente, admite la existencia de todas las diferencias personales, de pensamiento, de expresión y de acción imaginables (y prohíbe todas las instituciones –normas– intolerantes); y *condescendiente* al individuo que acepta todas esas diferencias. Asimismo, *intolerante* será el Estado que no las admita y *no condescendiente* la persona que las repudie expresamente (*no condescendiente activo*) o las desprecie internamente (*no condescendiente de conciencia*); otros serán meramente indiferentes.

El debate sobre la tolerancia enseguida se topa con su principal problema: ¿es tolerable la intolerancia? Conforme la distinción terminológica precedente es evidente que no: el Estado liberal, ético, políticamente legítimo, consagrado en las constituciones del mundo civilizado, prohíbe la

²⁵ Justo allí donde un temeroso veía que se corre el peligro de una “malinterpretación de la libertad”.

existencia de instituciones intolerantes; la libertad es siempre absoluta y el Estado no puede restringirla. La pregunta más problemática es otra: ¿es admisible la *no condescendencia* (esto es, la intolerancia personal)? Si la respuesta fuese también negativa, esto es, si admitiésemos instituciones que prohíban las conductas *no condescendientes*, ¿no estaríamos incurriendo en una intolerancia inadmisibles en un Estado liberal?

Lo creo decididamente así. Me parece claro que mientras la *tolerancia* es una obligación del Estado, la *condescendencia* no es una obligación jurídica individual. Lo es, sin dudas, moralmente, pero ya vimos que no es lícito confundir el derecho y la moral, ya que ello conduce al Estado absoluto, o sea, al Estado intolerante.

Esta es una de las cuestiones más complicadas del debate sobre la libertad y ha generado debates y enfoques desde diferentes aspectos, sobre todo en el marco de la lucha contra la discriminación²⁶ y la libertad de expresión²⁷.

¿Puede la libertad admitir que se la pretenda sustituir? Es legítimo que el Estado liberal prohíba las conductas que tienden a reemplazarlo por caminos lícitos? Si la respuesta fuese negativa, el Estado liberal dejaría de ser tal porque se transformaría en un Estado autoritario. La concesión de derechos a quienes piensan igual a la mayoría no es en general un problema político, ya que es usual que el poder tolere a quienes están de su lado. Justamente, el problema político de la libertad es la tolerancia de los diferentes, de los que piensan distinto, de los que tienen objetivos diferentes a quienes detentan el poder. Por ello, la prohibición de la disidencia, aunque se circunscriba al objetivo de mantener el núcleo mínimo básico que garantiza la libertad, constituye un desvío colectivista, totalitario, de igual naturaleza que la idea que se pretende acallar.

La preservación de este criterio se torna difícil cuando las ideas *no condescendientes* se manifiestan en propuestas políticas intolerantes (por ejemplo, propuestas de asumir el poder para restringir los derechos de un grupo de personas) o mediante los denominados discursos de odio (*hate speech*)²⁸.

A continuación, trataré de identificar diferentes tipos de situaciones abstractas que pueden presentarse en relación a este tipo de ideas *no condescendientes*, a fin de discutir los principios ético-políticos que se ven comprometidos.

²⁶ Sobre el tratamiento de este problema en la legislación argentina, y con una completa reseña del derecho comparado, es interesante el libro de SLONIMSKY, Pablo, *Derecho penal antidiscriminatorio*, Ed. Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2002.

²⁷ GULLCO, Víctor Hernán y BIANCHI, Enrique Tomás, *El derecho a la libre expresión*, Ed. Librería Plantense, La Plata, 1997, ps. 59-92.

²⁸ Al respecto, es interesante la referencia de GULLCO y BIANCHI, *El derecho a la libre expresión*, cit., ps. 60-66.

Situaciones A

Situación A1: un grupo de personas (H) comparte en común la idea de que las personas del grupo (X) son despreciables y/o no merecerían tener los mismos derechos que ellos, y/o son en sí mismas malas personas, y/o son inferiores a ellos en jerarquía moral, razón por la cual no deberían entablar con ellos relaciones intersubjetivas de ningún tipo. Los integrantes del grupo (H) (que no configuran una agrupación política y ni siquiera una agrupación organizada) se limitan a actuar en consecuencia con sus ideas, evitando todo contacto con las personas del grupo (X)²⁹.

Situación A2: Igual a (A1), pero agregando que el grupo (H) está organizado a modo de secta, expone sus ideas entre sus miembros (A2a) y/o también respecto de terceros (A2b) acerca de cómo, según su opinión, es un comportamiento ético respecto de los miembros del grupo (X).

Situación A3: Igual a la anterior, pero en ese caso los miembros de (H) no sólo opinan sobre sus ideas sino que incitan a terceros a asumir sus mismas actitudes respecto de los miembros del grupo (X).

Situación A4: Igual a (A2), pero agregando que el grupo (H) es una agrupación política con aspiración de poder, que pretende que sus ideas sobre cómo corresponde actuar respecto de (X) se reformen en instituciones (normas). Para ello, por ejemplo, proponen reformar las cláusulas constitucionales que consagran el derecho a la igualdad.

Situaciones B

Situación B1: Igual a (A1), pero agregando que los miembros del grupo (H) creen que es su obligación moral agredir y/o encarcelar y/o matar a los miembros del grupo (X).

Situación B2: (A2) + (B1).

Situación B3: (A3) + (B1).

Situación B4: (A4) + (B1). Lo que en este caso proponen es consagrar instituciones que permitan negar a (X) sus derechos, entre ellos, el derecho a la libertad y/o a la vida.

La pregunta que se presenta es: ¿cuáles de las conductas descriptas en cada una de las situaciones precedentes son tolerables y cuáles no desde el punto de vista ético-político?

La respuesta a este interrogante ha merecido álgidos debates en la doctrina y jurisprudencia de diversos países. Existen criterios de lo más variados que en una apretada síntesis podríamos reducir a dos: los que afirman el derecho a la libertad de difundir discursos *antilibertad* y los que nie-

²⁹ Es posible suponer que (H) y (X) constituyen cada uno de ellos el 5% de la población o, para hacer más interesante el debate, que (H) constituye el 5%, mientras que (X) representa al restante 95%. En este último caso nuestro debate tendrá una complicación adicional, por el hecho de que las restricciones que se pretendan imponer a (H) configurarían un avasallamiento mayoritario.

gan la libertad de hacerlo. Las posiciones afirmativas consideran que la expresión de una idea, por más equivocada, despreciable y antidemocrática que sea, nunca puede ser prohibida, porque la esencia de la libertad exige tolerar incluso a quienes pretenden atacar contra ella; la difusión de estos discursos de odio sólo puede ser prohibida cuando genera un peligro inminente de lesión de los derechos de terceros. Dentro de las posiciones negativas se dice: a) que la libertad no puede admitir la difusión de un discurso que de resultar vencedor terminaría con la propia libertad; b) que la difusión de la idea de que otros seres humanos son inferiores, despreciables, pasibles de odio o discriminación, no puede ser admitida porque constituye en sí misma un modo de afectación de los derechos de terceros.

A mi juicio, la situación A1 no puede generar ningún tipo de sanción jurídica. La circunstancia de creer determinada cosa (por ejemplo la inferioridad moral de los miembros de X) sólo podría ser sancionada en un derecho penal de autor pero no en uno de acto. Por su parte, las conductas que constituyen la materialización de esa creencia (consistentes en evitar contactos intersubjetivos con los miembros de X) son netamente privadas y están indisolublemente ligadas a la esencia misma del derecho a la libertad; en el caso, la libertad de elegir con quién relacionarse y con quién no. En esta situación A1 ni siquiera se presenta un problema de expresión de ideas sino que estamos en el ámbito de los comportamientos privados, propios, que aunque molesten profundamente a los demás y sean éticamente deleznable no pueden ser alcanzados por el derecho.

En la situación A2 comienza a plantearse el problema sobre el alcance del derecho a la libre expresión. No tanto en la situación A2a, ya que en ella quienes piensan de igual forma (por ejemplo, los miembros de una misma secta religiosa) actúan en el marco de un consentimiento, mutuo, vinculado al intercambio mismo de opiniones y que en muchos casos puede estar relacionado indisolublemente con el derecho de elegir con quien relacionarse, ya que, por ejemplo, si los miembros de ese grupo (H) son una minoría y los miembros de (X) son la mayoría dominante, la reunión de miembros del grupo para intercambiar ideas puede ser uno de los actos más relevantes (y tal vez uno de los únicos) de ejercicio de la libertad de elegir³⁰. La situación A2b, sí presenta un caso claro de ejercicio del derecho de expresión, ya que la opinión de los miembros de (H) se manifiesta para que sea conocida por otras personas. En cualquier caso, deberemos decidir si la expresión de este tipo de ideas puede ser coartada, con el argumento de que la libertad no admite que se la pretenda suplantar, o con el otro argumento de que estos discursos afectan los derechos de las personas objeto de discriminación.

³⁰ Podemos imaginar el caso de que los miembros de (H) en su vida cotidiana (en el trabajo, en sus vecindarios, etc.) están obligados a relacionarse con los miembros de (X) por el simple hecho de ser éstos la mayoría de la población, y que el único espacio que tienen para ejercer su derecho de tener contactos intersubjetivos exclusivos con los del grupo (H) sea justamente en las reuniones de dicho grupo, en las que pueden intercambiar ideas y opiniones.

La réplica de estos argumentos me permitirán sostener que en todas las situaciones del tipo A no es posible establecer una prohibición legal.

Si no se reconoce el derecho de intentar abrogar la libertad por caminos lícitos, se incurre en una clara contradicción con el principio que se pretende preservar. Como vimos, libertad y tolerancia para los iguales o para los *más o menos iguales*, es algo que de por sí existe y que no requiere de una especial preocupación ética ni institucional. El problema de la libertad es frente a la diferencia, y su puesta a prueba se juega frente a la más ríspida e irreconciliable diferencia.

En la actitud asumida en estos casos está el destino de la libertad, no sólo como principio válido por sí mismo, sino también como herramienta utilitaria para la obtención de una mayor libertad para todos. Una restricción a la libertad dirigida a evitar su sustitución sin dudas no impedirá que esto suceda si son muchos y más poderosos los interesados en que efectivamente ocurra; pero no me cabe duda de que la excepción de una regla (en el caso la de la tolerancia) tan elemental y cara a la libertad, se difuminará rápidamente en relación a otras situaciones frente a las que existan fundados *temores preventivos* que pretendan establecer una prohibición. Estos miedos y aquellas excepciones son el camino más seguro hacia la intolerancia y es por eso que, aun por una razón consecuencialista, y por más aberrante y grosera que sea la idea que se deba tolerar, no podemos admitir excepciones a la regla de la libertad.

Con respecto al argumento de que la expresión de ciertas ideas afecta la tranquilidad y libertad de los demás, creo importante recordar que no cualquier *afectación* de terceros es susceptible de habilitar la intervención estatal y mucho menos la punitiva. Es posible que una gran parte de las expresiones que llevan a cabo los seres humanos afecten a los demás, y también que muchas de ellas generen temores que constituyan un modo de restricción de la libertad de otros. Podemos imaginar muchos discursos que generen este tipo de ofensas respecto de grupos de personas: un discurso neonazi respecto de un sobreviviente del holocausto; un discurso neoterrorista y antinorteamericano respecto del familiar de un fallecido en el ataque al *World Trade Center*, un discurso extremo antimusulmán respecto de quien profesa esa religión, entre tantos otros. También podemos imaginar discursos que evocan situaciones menos dramáticas pero con igual aptitud para generar temor: un político bien ubicado en las encuestas que propone un liberalismo y un ajuste salvajes puede generar temor entre los desocupados y empleados públicos que pronto lo serán; un político que propone expropiar todos los bienes sin excepción para repartirlos entre los pobres, puede asustar y afectar la libertad de los propietarios; un político que propone erradicar las villas puede generar temor entre quienes viven en ellas, y otro que propone expropiar y prohibir las viviendas lujosas generaría lo mismo respecto de los ricos o no tan ricos que las habitan.

Decir que sólo en el primer grupo de los ejemplos citados se justificaría la prohibición pero no en el segundo grupo no es correcto, ya que, como la prohibición dependerá siempre de la efectiva creación de temor

(porque el peligro abstracto no basta para prohibir), puede darse el caso de que el discurso menos dramático genere mayor temor que el que en apariencia es más grosero. Por ejemplo, la víctima de un discurso neonazi puede no verse afectada en lo más mínimo porque sabe que por lo aberrante del discurso jamás podrá reunir consenso en la sociedad como para generarle algún problema, o incluso puede ya no afectarle por acostumbamiento; en cambio, el empleado público demonizado por el candidato liberal puede sentir un temor cierto, que afecta realmente su vida diaria³¹; y el propietario de clase media puede hasta considerar vender todo lo que tiene y abandonar el país en vistas de la *performance* en las encuestas del candidato *pro expropiación*.

Y si vamos más allá, y comenzamos a juzgar otro tipo de conductas de la vida diaria, veremos que es infinita la lista de las que afectan seriamente la vida de los demás pero que forman parte del ejercicio mismo de la libertad: el abandono de la pareja, la ruptura unilateral de una amistad, el despido de un empleado, etcétera. Nadie se pondría a juzgar el tipo de afectación que esas conductas producen, en miras de imponer una sanción jurídica en razón de ella³². Y no cabe duda alguna que también en estos ejemplos puede ocasionarse una limitación de la libertad ajena de gran magnitud y que en los casos individuales pueden ser de mayor entidad que las que generan los discursos discriminatorios o de odio.

Con esto pretendo reiterar un concepto ya visto, según el cual no cualquier afectación de terceros es susceptible de habilitar una intervención estatal. Cuando la afectación se produce como consecuencia del ejercicio de un derecho, como expresión de la propia libertad y en el marco de ella, no se puede imponer una prohibición y mucho menos de índole penal.

Distinto es el caso cuando una expresión no se manifiesta en el ámbito del ejercicio de un derecho, sino que se utiliza como un instrumento para afectar intencionalmente a otro, ya sea creando un peligro concreto de lesión de sus derechos (es el caso de la incitación a una afectación de derechos de terceros) o utilizando la expresión para afectar el honor de una persona (es el caso de la utilización de la idea aberrante como modo de injuriar³³). En estos casos la prohibición es válida como en cualquier otro caso en el que la libertad es utilizada para llevar a cabo una conducta que afecta el derecho de los demás.

Es interesante la cita John RAWLS al respecto. Este filósofo identifica básicamente dos interrogantes; el primero: si los intolerantes tienen dere-

cho de quejarse por no ser tolerados; y el segundo: bajo qué condiciones los tolerantes tiene derecho de no tolerar a los intolerantes. Respecto del primer problema considera "que una secta intolerante no tiene derecho a quejarse, cuando se le niega una libertad igual. Esto se deduce, al menos, si se acepta que nadie tiene derecho a objetar la conducta de los demás, cuando ésta es acorde a los principios que uno usaría en circunstancias similares para justificar las propias acciones respecto a los demás"³⁴. Respecto de la segunda cuestión dice que "mientras una secta intolerante no tiene derecho a quejarse de la intolerancia, su libertad únicamente puede ser restringida cuando el tolerante, sinceramente y con razón, cree que su propia seguridad y la de las instituciones de libertad están en peligro. El tolerante habría de limitar al intolerante solamente en este caso"³⁵.

Esta solución es seriamente objetable. En primer lugar, no es posible limitar el derecho de queja en función del modo de pensar o de opinar de cada uno; sería algo así como decir que los comunistas no pueden quejarse si se los desapodera de sus bienes porque ellos no creen en la propiedad privada; o que los ultraliberales que trabajan en relación de dependencia no pueden reclamar una indemnización si los despiden porque si triunfaran sus ideas económicas no existirían las indemnizaciones; o que los anarquistas no pueden quejarse si el Estado no les brinda seguridad. Esto importaría una palmaria violación del principio de igualdad, porque determinados derechos sólo podrían ser ejercidos por quienes creen en ellos (lo que, además, trae la complicación adicional de establecer quién determina cuando una persona cree o no en un derecho y, por ende, cuando puede ejercerlo o no). Respecto de la segunda cuestión, me parece que la propuesta de RAWLS conduciría a un avasallamiento de los derechos de las minorías, que pasarían a estar sujetas al examen de "no peligrosidad" que debería llevar a cabo la mayoría; no hay que olvidar que, en general, la gente se siente en peligro frente a las ideas políticas que no comparte, sobre todo cuando éstas son consideradas extravagantes o raras; por ello, creo que el criterio criticado es funcional a una sociedad de poca diversidad y con un alto grado de intervencionismo estatal para uniformarla. Se trata, otra vez, de un criterio peligroso que puede conducir rápidamente a un Estado totalitario.

En las situaciones denominadas como B, el derecho de pensar, organizarse, expresarse y aspirar a ocupar el poder tiene los mismos límites. Sólo es procedente la prohibición cuando el acto de expresión constituye una amenaza (puesta en peligro) concreta e inminente de los derechos de terceros³⁶ o cuando es un acto de afectación concreto del honor³⁷.

³⁴ RAWLS, *Teoría de la justicia*, cit., p. 251.

³⁵ RAWLS, *Teoría de la justicia*, cit., p. 254.

³⁶ Sobre la doctrina del "peligro claro y actual", GULLCO y BIANCHI, *El derecho a la libre expresión*, cit., ps. 68-86.

³⁷ GULLCO y BIANCHI, *El derecho a la libre expresión*, cit., p. 92.

³¹ Por ejemplo puede privarlo de hacer determinados gastos, en vista de que se quedará sin trabajo, o de enviar a sus hijos a determinada escuela, etcétera.

³² En general, en el ejemplo del despido, las legislaciones imponen una sanción jurídica (que no es penal), pero que no tiene relación con la afectación de los sentimientos ni de la libertad, sino que se trata de una consecuencia meramente contractual.

³³ Sobre los delitos de injurias colectivas mediante expresiones discriminatorias, SLO-NIMSOVY, *Derecho penal antidiscriminatorio*, cit., ps. 77-84.

La situación B3 es la más compleja de resolver. Si la incitación a otros es una incitación a tener las mismas creencias parecería que debe ser tolerada. Por el contrario, si es una incitación a asumir actos concretos de violencia contra los miembros del grupo discriminado, constituye un modo de afectación de derechos de terceros no amparada en el ámbito de libertad. El tipo de conductas de las situaciones B es muy común en la actualidad, en la actividad de determinados grupos religiosos fundamentalistas. Son grupos cuyos miembros creen que deben matar a sus enemigos o que si mueren haciéndolo se ganan el paraíso. La decisión de moral institucional que se asuma respecto de las situaciones B, determinará la permisión o prohibición de esos grupos, y la posibilidad de profesar su fe por parte de un gran número de personas.

No me cabe ninguna duda de lo repudiable que son estas creencias y sobre la legitimidad y necesidad institucional de evitar su propagación. El respecto de la libertad individual no significa que el Estado, en nombre de la mayoría, no deba tomar acciones directas dirigidas a neutralizar el efecto de la propagación de ideas que, de triunfar, acabarían con la propia mayoría. Las sociedades libres no pueden renunciar a sus instrumentos de defensa, pero no tienen otro remedio que luchar con las armas de la libertad. Nunca con las de sus adversarios.

Una cuestión interesante es la de la admisión de la difusión de este tipo de ideas a los menores de edad. Respecto de éstos, el Estado es garante de su libertad y se encuentra legitimado (tanto desde el punto de vista ético-político como constitucional) para impedir que, incluso sus propios padres, anulen la libertad de los menores mediante determinados tipos de adoctrinamiento. La cuestión es sumamente difícil y peligrosa porque nuevamente nos encontramos frente a una situación en donde la legitimación de una intervención estatal puede generar el desborde de la injerencia a otras situaciones, provocando una afectación inmoral de la libertad. La pregunta es qué tipo de injerencia estatal es admisible respecto de, por ejemplo, la educación que los padres pueden brindar a sus hijos³⁸. Evidentemente no me introduciré en ese análisis. Sólo quiero dejar en claro el criterio de que la difusión entre adultos de este tipo de ideas no puede ser alcanzada por el Estado, pero la inoculación de éstas en menores sí.

No obstante, es probable que desde el punto de vista práctico la protección de la libertad de elección de los menores requiera acotar el ámbito de libertad de los mayores y, evidentemente, ello presenta una situación que no admite una solución aséptica desde el punto de vista de moral ins-

³⁸ NOZICK señala este inconveniente en relación a la admisión dentro del marco utópico de comunidades que se organicen del modo que quieran, incluso de modo contrario a las pautas liberales del Estado mínimo; dice: "Los niños representan problemas aún más difíciles. De alguna manera tiene que garantizarse que ellos están informados de las clases de alternativas que hay en el mundo. Pero la comunidad de origen podría considerar importante que los jóvenes no estuvieran expuestos al conocimiento de que a 100 kilómetros de distancia hay una comunidad de gran libertad sexual" (*Anarquía, Estado y utopía*, cit., p. 317).

titucional. De todos modos, creo que las prohibiciones que establecen actualmente algunos tratados internacionales y leyes denominadas "antidiscriminatorias", no podrían en principio estar legitimadas desde el punto de vista ético-político (ni tampoco desde el punto de vista constitucional, en los textos que consagran una amplia autonomía personal), ni siquiera para la protección de los menores de edad.

3. b. Pulsiones "fachistas"

Calificar como "facho" al que piensa diferente es moneda corriente. Esa (des)calificación en sí misma constituye un acto de "fachismo", y decirlo (como lo estoy haciendo) parecería que también lo constituye (¿otro círculo vicioso?).

Algunos se compraron el mote de democráticos y, con él, el derecho de calificar de *fachos* a los de la vereda de enfrente. Lo paradójico es que siempre, pero siempre, sea quienes fueren los detentan el poder (los de una u otra vereda) lo ejercen de forma *facha*.

Ser progresista o democrático no depende del mote ni de la idea que se sustente, sino del ejercicio concreto de conductas democráticas y tolerantes. Cuando un *progre* encarcela a un *facho* por lo que éste es, o por sus presuntas acciones "fachistas" previas, pero sin respetar sus garantías, se transforma en un *facho* más; con otro nombre, con otra imagen, con otro *hándicap* para ejercer su "fachismo". Y con ello, y por eso de que *si todos lo hacen entonces está bien hacerlo*³⁹, revalida las acciones pasadas que se pretenden censurar.

Estas pulsiones "fachistas" son el principal obstáculo a la vigencia de las garantías: cuando gobiernan los "fachos" aplican sus ideas y, consecuentemente, las garantías no pueden regir; y cuando gobiernan los "progres", creen que la libertad es una idea y no se dan cuenta de que es un ejercicio.

La tolerancia no es sólo un argumento para que el otro nos tolere, sino para que nosotros toleremos al otro. No se puede construir un Estado tolerante y democrático persiguiendo a los intolerantes y antidemocráticos con sus propias armas. Las garantías se ponen a prueba cuando hay que juzgar a alguien del otro bando; la inversa no tiene gracia.

No se puede apagar el fuego con fuego ni el "fachismo" con más "fachismo". De lo contrario todo se reduce a comprarse el mote más pintoresco y, en última instancia, a pisarle la cabeza al que piensa diferente⁴⁰.

Lamentablemente, la Argentina es el paraíso de las pulsiones "fachistas" y ha perdido una oportunidad histórica de revertir su círculo vicioso.

³⁹ Manifestación vulgar de la falacia naturalista (sobre ella *supra* I).

⁴⁰ Así lo proponía sin tapujos Vladimir LENIN: "Democracia para la inmensa mayoría del pueblo y represión por la fuerza, es decir, exclusión de la democracia, de los explotadores y opresores del pueblo: ésta es la modificación que sufrirá la democracia durante la *transición* del capitalismo al comunismo" (*La democracia socialista*, cit., p. 16).

3. c. Algo más sobre tolerancia y discriminación

Sostener, como lo hice previamente, que la libertad debe admitir los discursos e incluso las acciones lícitas dirigidas a abolirla no es simpático, ni constituye una idea que me guste defender. ¿Quién defendería con ahínco el derecho de expresión y de acción de quien actúa para liquidarlo?; ¿quién daría la vida por ello?⁴¹. Tal vez sólo un tonto.

Pero eso es la libertad. Y así funciona como pauta ética de análisis institucional. Si hacemos una excepción simplemente incurriremos en una falta ético-política y nada más. Si queremos organizar un Estado en el que ciertas personas que quieren liquidar a otras no tengan lugar, habrá que expresarlo constitucionalmente y así se solucionarán los problemas de legitimidad interna. Subsistirá, claro está, el disvalor ético-político contra un Estado así.

De todos modos existen diferentes países con distintas idiosincrasias y no parece descabellado que las comunidades escojan entre quienes quieren vivir y hasta donde tolerarán expresiones y conductas dirigidas a suplantarlas o destruirlas. Quienes tengan estas pretensiones en todo caso podrán cambiar de comunidad; podrán irse a otra en la que esas pretensiones sean bienvenidas.

Este tipo de instituciones podrían discutirse, pero lo que me parece claro es que no se pueden consagrar en nombre de la tolerancia y de la no discriminación, porque ellas necesitan justamente incurrir en la intolerancia y la discriminación.

Ello pone de manifiesto la contradicción insalvable de instrumentos internacionales tales como la Convención contra la discriminación, ya que el logro de sus fines exige recurrir a ella, porque existen ideas, opiniones, religiones o sectas que profesan el odio, la muerte y la segregación. Si se quiere sancionarlas, como la Convención propone, entonces hay que incurrir en una discriminación en su contra.

Me parece claro el círculo vicioso.

⁴¹ NOZICK (*Anarquía, Estado y utopía*, cit., p. 287) se hace una pregunta similar ni bien acaba de justificar su Estado mínimo: "¿no carece de lustre la idea, o el ideal, del Estado mínimo? ¿Puede llegar al corazón o inspirar a las personas para que luchen o se sacrifiquen? ¿Habría alguien que excavara barricadas bajo su bandera?". En su nota cita a J. R. LUCAS (*The principles of Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1960, p. 292), quien sostiene que "un Estado que fuera en realidad moralmente neutro, que fuera indiferente a todo valor aparte de mantener el derecho y el orden, no lograría, en absoluto, suficiente lealtad para sobrevivir. Un soldado puede sacrificar su vida por su reina y su patria, pero difícilmente por el Estado mínimo (...) Algunos ideales son necesarios para inspirar a aquellos sin cuya cooperación voluntaria ese Estado sobreviviría". NOZICK discrepa con LUCAS y busca en la teoría utópica una justificación adicional de su estado mínimo que es "el único moralmente legítimo, el único moralmente tolerable, es, como ahora vemos, el que mejor realiza las aspiraciones utópicas de incontables soñadores y visionarios" (cit., p. 319).

No hay delito si no se puede reprochar constitucionalmente la conducta ilícita. No hay reproche si el autor no pudo decidir libremente motivarse en la norma y actuar de otro modo.

1. Introducción

El principio de culpabilidad es la característica distintiva de un orden jurídico que considera al hombre como un ser libre y responsable, capaz de motivarse en las prescripciones jurídicas, y susceptible de ser alcanzado por la coerción punitiva sólo en la medida de su responsabilidad y nunca en función del azar o de la razón de Estado.

La consecuencia principal de este principio es que nadie puede ser penado sin que haya podido motivarse en la norma, para decidir libremente entre cumplirla o quebrantarla, lo que, como recaudo mínimo, presupone la existencia de una conexión subjetiva entre el autor y el hecho (no es admisible la responsabilidad objetiva), y su libertad de actuar al momento de la comisión (no se puede castigar al que no tuvo libertad para motivarse en la norma, sea porque no pudo conocerla –por inmadurez, enfermedad u error–, sea porque, conociéndola, se vio compelido a no respetarla). En otras palabras, es necesario que el autor haya tenido libertad para actuar de un modo diferente al que lo hizo.

En general se distingue a la culpabilidad como principio constitucional, de la culpabilidad como estrato sistemático del delito. Personalmente, creo que ambas son una misma cosa: el principio constitucional coincide con su sentido como estrato del delito. Éste existe como expresión de aquél pero son lo mismo: el reproche por la falta de motivación en la norma.

Esto no significa que la culpabilidad como escalón sistemático contenga todas las exigencias subjetivas que se derivan del principio constitucional. La subjetividad respecto del hecho es un presupuesto de la culpabilidad pero no forma parte de ella. Dicho de otro modo, como en el tercer peldaño sistemático se debe llevar a cabo el juicio de reproche, es necesario que el ilícito se configure también subjetivamente porque sino devendría irreprochable. Por esa razón, la existencia de dolo o culpa respecto de la realización del suceso objetivamente descrito en los tipos penales, es una de las consecuencias más relevantes de este principio constitucional. Si el suceso no fue cometido doloso o, al menos, culposamente, no constituye un ilícito apto para ser sometido a la valoración propia del estrato de la culpabilidad, porque la irreprochabilidad es manifiesta de antemano.

A continuación estudiaremos la configuración precisa del concepto y su derivación constitucional. Posteriormente (*infra* XX) se analizará el

principio en su manifestación sistemática, y se hará referencia a su evolución y a la crítica de las modernas posiciones.

2. Concepto, contenido y fuente del principio de culpabilidad

Hay culpabilidad cuando al autor le era exigible motivarse en la norma, y evitado la comisión del ilícito penal. Hay culpabilidad, entonces, cuando puede formularse un juicio de reproche jurídico-penal (sobre la base de los principios que irradian de la Constitución) por no haberse motivado en el mandato normativo.

La doctrina y jurisprudencia de los derechos penales emparentados con el sistema continental europeo, consideran que el principio de culpabilidad está consagrado en los textos constitucionales. Se sostiene que se deriva de la dignidad de la persona humana reconocida constitucionalmente, o que se trata de uno de los tantos derechos implícitos o innominados¹.

En relación a la Constitución española, BACIGALUPO² considera que este principio se deriva de: a) la consagración del estado de derecho (art. 1.1, CE); b) la dignidad de la persona humana y del libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1); c) el principio de legalidad (arts. 25.1 y 9.3, CE) al que considera una garantía que rige también al momento de la decisión del hecho; d) la protección a la libertad y seguridad (art. 17, CE), porque “nadie es libre ni goza de seguridad si el Estado puede aplicarle penas por hechos u omisiones inevitables, es decir que no sean consecuencia de su acción voluntaria evitable”³; y e) la exigencia de proporcionalidad entre la pena y el hecho que se deriva de la prohibición de penas inhumanas y degradantes (art. 15, CE).

Creo que en varios textos constitucionales existen disposiciones inequívocamente indicativas de la vigencia de este principio. Se trata de pau-

¹ Hacen referencia expresa a la dignidad humana como derecho fundamental (de un modo útil para elaborar una deducción de este tipo) los textos constitucionales de España (art. 10.1, que establece: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”), El Salvador (art. 10), Costa Rica (art. 33), Venezuela (art. 3), Perú (arts. 1 y 3), entre otros. Por su parte, el art. 33 de la Constitución argentina dispone: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. Otros textos establecen disposiciones similares como, por ejemplo, las constituciones de Uruguay (art. 72), Venezuela (art. 22), Perú (art. 3), Colombia (art. 94), entre otras. En otros casos, la referencia a la tutela de los derechos inherentes a la persona humana o a la condición humana o simplemente la referencia a los derechos consagrados en pactos internacionales, tienen el mismo sentido normativo.

² BACIGALUPO, *Principios constitucionales de derecho penal*, cit., ps. 148-151.

³ BACIGALUPO, *Principios constitucionales de derecho penal*, cit., p. 148.

tas y criterios que son una derivación necesaria de la culpabilidad y que, por ello, denotan su consagración como derecho fundamental.

En primer lugar, corresponde destacar la importancia del principio de legalidad. Éste tiene su razón de ser en la culpabilidad; ¿por qué debe ser previa la ley penal?: porque sólo así los individuos pueden motivarse en ella. Si la ley es posterior: ¿qué reproche jurídico se podría formular sobre el sujeto que no pudo motivarse en la norma que no existía y que no pudo ser conocida?

De las diferentes fórmulas con las que se consagra la regla de la legalidad, me interesa destacar una de ellas que denota cabalmente la consagración del principio de culpabilidad penal. Me refiero a la utilizada por la Constitución argentina en la segunda parte del art. 19:

“Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Esta norma –que como ya se ha visto previamente está consagrada en términos similares en los textos de El Salvador (art. 8), Uruguay (art. 10), Honduras (art. 70), Perú (art. 2, 2ª parte, 1º ítem), Nicaragua (art. 32) y Paraguay (art. 98, 2º párr.), entre otras– es la clave del principio de culpabilidad.

Esta regla establece algo más que la mera prohibición de penar sin ley previa que caracteriza a la legalidad (que, en definitiva, es una prohibición dirigida al gobernante para evitar que, conociendo lo que otro hizo, lo castigue con una ley posterior). Aquí estamos en presencia de una garantía diferente.

La fórmula citada hace referencia a la norma como motivadora de conductas, ya que no otra cosa puede inferirse de la referencia al “mandato” y a la “prohibición” emergentes de la ley. La ley “manda” o “prohíbe” y esto es algo más que simplemente sancionar. Es una forma de comunicación con los destinatarios de la norma: mediante la ley el orden jurídico se dirige a los ciudadanos para transmitirles el contenido de las prohibiciones y de las normas imperativas que, excepcionalmente, les compelen a realizar ciertas conductas.

En contra del sentido motivador de las normas se ha dicho: “Ni la ley penal presupone la existencia de una norma metajurídica inmediatamente antepuesta al tipo legal, ni ella tiene por función motivar la voluntad del hombre al cumplimiento del derecho; el derecho público no es un orden equivalente en la tierra a un sistema moral natural, porque las malas intenciones del autor, porque la moral, la buena y la mala, es vital para la autonomía de la persona y para la configuración de un concepto de justicia formal. Nada puede esperarse de la ley penal más que el castigo racional, aunque la buena intención o tal vez la mala conciencia del dogmático quiera ver al derecho como la fuente de toda obediencia. No hay norma penal, ni castigo que pueda pretender ubicarse en el campo social como un programa estimulante de las buenas acciones, y que quiera influir en

la conformación y preservación de la convivencia humana. No hay en la historia sociedad que haya perdurado, ni ciudadanía que aceptara obedientemente la autoridad a base de puro castigo⁴.

No veo que de la asignación de efecto motivador a las normas penales pueda inferirse que la ley es la única fuente de *toda obediencia*. El derecho (el penal también) puede servir como motivador de conductas aunque su sentido existencial no sea ese. Es cierto que en la ética (social, religiosa, individual) hallamos las verdaderas pautas que regulan la convivencia humana y que sin ellas el respeto de la ley puede reducirse a la nada. Pero eso no autoriza a privar al legislador de hacer un último intento por motivar conductas, justo allí donde la ética ha fracasado y donde se está a punto de causar un daño grave a un tercero. Si no lo dejamos, si no permitimos que anuncie el castigo asociado a la conducta prohibida, no podremos reprochar al autor el haberla llevado a cabo, porque éste podrá decir “a mí no me avisaron”, “ustedes no hicieron nada para motivarme a desistir”. Porque el castigo no puede ser racional si no tiene una explicación a su vez racional; y no es racional atender tan sólo al daño para asociarle una pena, sin que nos importe tratar de evitar la lesión mediante el intento de motivar conductas fieles al derecho o, visto de otro modo, de *desmotivar* las conductas que afectan de determinada forma los derechos de los demás. Más que motivación en la ley, lo que podemos pretender es la desmotivación de ciertas conductas lesivas de bienes jurídicos, y no podemos ver en ello ninguna etización del derecho. En la medida, claro está (y en ello coincido con el planteo general del autor citado), de que la mera falta de motivación (disvalor de acción) no absorba todo el contenido del injusto (sobre ello ver *infra* XVIII. 1).

El sentido motivador (o desmotivador) de las leyes presupone que el sujeto al que se encuentran dirigidas sea capaz de motivarse en el mandato normativo. La comunicación con los ciudadanos presupone que éstos entiendan lo que se les comunica; de lo contrario no puede existir. Y también requiere que tengan libertad para motivarse, esto es, que no se vean compelidos a quebrantar el mandato legal. En definitiva, la regla presupone la habilidad de los destinatarios de las normas para motivarse en ellas, o sea, para conocerlas, entender su significado y poder decidir libremente (sin condicionantes externos decisivos) entre respetarlas o contradecirlas.

De este presupuesto debemos deducir que la ausencia de esa habilidad, o sea, de la posibilidad para motivarse en la norma, imposibilita la aplicación de una sanción. Ése es el trasfondo de la regla, es su razón de ser, ya que de lo contrario bastaría con la mera consagración de la legali-

dad formal como lo hacen suficientemente otras normas constitucionales. La mención de la existencia de mandatos normativos, denota la relevancia de sujetos libres y aptos para cumplir esos mandatos, ya que de lo contrario la referencia a los primeros no tendría sentido jurídico alguno. De allí podemos deducir, suficientemente, la relevancia constitucional de la posibilidad de cumplir los imperativos legales⁵. Cuando esa posibilidad no existe (por inmadurez, error o falta de libertad), no puede haber reproche constitucional alguno contra el sujeto que violó la ley. Es culpable el que no se motivó en la ley, pero sólo si pudo actuar de un modo diferente al que lo hizo. Como luego se verá, una de las principales consecuencias de este criterio es la relevancia eximente del error de derecho.

Este razonamiento se ve reforzado en las constituciones que consagran el régimen republicano de gobierno porque su esencia es coincidente con la de la culpabilidad. Las leyes deben ser públicas para que las personas puedan conocerlas y, de este modo, adecuar sus conductas a las prohibiciones y mandatos emergentes de la norma. El principio republicano es una garantía contra la arbitrariedad del poder y, consecuentemente, en favor de la libertad individual: sólo se puede ser libre si se sabe de antemano el contenido de la ley, esto es, el límite entre lo permitido y lo prohibido. Ésa es la esencia de lo que se denomina *principio de certeza*: que consiste en la *posibilidad de calcular las consecuencias normativas de las propias conductas*; tener certeza es *saber a qué atenerse*. La exigencia de culpabilidad es la manifestación de la forma republicana de gobierno en el ámbito del derecho penal: la aplicación de una sanción penal está condicionada por la publicidad de la ley, lo que sustancialmente significa que está condicionada por la razón de ser de la necesidad de esa publicidad: la posibilidad de conocimiento y motivación en la norma.

Una cuestión medular en la teoría de la culpabilidad es la determinación de la base sobre la que se formula el juicio de reproche. Si la base es moral, se cae en una etización del derecho incompatible con el derecho penal liberal. Si la base es jurídica, cabe preguntarse, entonces, qué sentido tiene la culpabilidad como contrapeso al poder punitivo si, en definitiva, podría sostenerse que este poder se manifiesta en las mismas normas penales que consagran el principio limitador. Los funcionalistas deducen la culpabilidad de la teoría de la pena de la necesidad de imponerla, de los criterios jurídicos que establecen qué desviaciones son admitidas como excusa y cuáles son competencia del autor. Consecuentemente, si el reproche es jurídico, los funcionalistas dirán que ello termina confirmando su posición, en la medida en que es el ordenamiento jurídico el que establece lo que puede ser excusado y lo que no puede serlo.

⁵ Se trata de “el poder en lugar de ello” al que se refería WELZEL (*Derecho penal alemán*, cit., p. 201).

⁴ ALAGIA, Alejandro, *De la crítica a la fe, a la fe en la autoridad: Una crítica a la teoría del ilícito fundada en el disvalor de la acción*, en “Revista Jurídica de la Universidad de Palermo”, año 2, n° 1 y 2, Buenos Aires, abril de 1997, p. 188.

Como se verá más adelante el juicio de reproche de culpabilidad es un juicio de naturaleza constitucional que tiene por objeto ponderar (para eventualmente hacer prevalecer), las razones que tuvo el autor para cometer el injusto en contra de las razones del orden jurídico para reprimirlo. La tensión individuo-sistema penal sólo puede ser resuelta de forma satisfactoria por parte de un sujeto imparcial que no forme parte del poder punitivo. Sólo hay un sujeto capaz de revestir (en el mayor grado posible) esa condición: se trata del jurado popular. Si el examen sobre la culpabilidad es constitucional (y así debe ser porque ésta es una garantía de ese rango), debe ser llevado a cabo necesariamente por el jurado en las constituciones que establecen ese sistema de juzgamiento, como ocurre con la Constitución argentina.

Veremos luego las consecuencias de esta propuesta en el debate sobre la culpabilidad.

La prohibición de la prisión por deudas es otra manifestación del principio de culpabilidad que denota su rango constitucional. Dicha prohibición está consagrada en los más importantes pactos internacionales (art. 11, PIDCP; art. 7, CADH) y en muchos de los textos constitucionales, como por ejemplo los de El Salvador (art. 27), Perú (art. 2, 2ª p., 3º ítem), México (art. 17, 4º párr.), Ecuador (art. 23, inc. 4), Nicaragua (art. 41), Paraguay (art. 13), Colombia (art. 28), Suiza (art. 59.3), entre otros.

La pregunta es: ¿por qué no puede haber prisión por deudas? Existen diversas respuestas.

En primer lugar, porque el no pago de una deuda puede tener su origen en situaciones de insolvencia que no pueden merecer un juicio de reproche. La mala administración del patrimonio que torna imposible el pago de una deuda es una conducta que no puede ser reprochable, en el sentido en que puede serlo el incumplimiento de un mandato normativo concreto respecto de la realización o no realización de determinada conducta; la irreprochabilidad jurídica es, en el caso, manifiesta⁶.

En segundo lugar, porque una vez en la situación de insolvencia, el pago de la deuda puede tornarse prácticamente imposible. No me refiero a la imposibilidad vinculada a la posibilidad real física de ejecutar la acción debida en los tipos omisivos, porque esa posibilidad podría existir por ejemplo tomando una nueva deuda o vendiendo lo poco que queda para el sustento. Me refiero a la imposibilidad vinculada al "poder en lugar de ello", que se refiere a situaciones en las que si bien es posible ejecutar la conducta debida no es posible emitir un juicio de reproche jurídico por no haberlo hecho.

⁶ Es por ello que considero inconstitucional el tipo del art. 177, CP argentino, que dispone: "Será reprimido, como quebrado culpable, con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial de dos a cinco años, el comerciante que hubiere causado su propia quiebra y perjudicado a sus acreedores, por sus gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia, especulaciones ruinosas, juego, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta".

Creo que nuevamente estamos ante una expresión constitucional del juicio de reproche que denota la jerarquía constitucional de la culpabilidad. Veremos luego que ocurre lo mismo con el denominado principio de intrascendencia de la pena.

3. La seguridad jurídica

El principio de culpabilidad es la manifestación en derecho penal del principio general de seguridad jurídica, en virtud del cual los ciudadanos tienen derecho de confiar en el cumplimiento de la ley por parte del Estado y de los demás ciudadanos.

El principio de seguridad jurídica presupone la posibilidad de saber a qué atenerse y de poder calcular las consecuencias jurídicas de los propios actos (principio de certeza). La arbitrariedad estatal es incompatible con él.

La construcción de una teoría del delito coherente, previsible y fácil de comprender es esencial para la seguridad jurídica. En primer lugar, porque otorga a los ciudadanos una pauta concreta de aplicación de la ley penal que permite saber como ésta será aplicada. En segundo lugar, porque brinda a los órganos de aplicación, una especie de manual que les da a ellos mismos seguridad sobre la tarea que están llevando a cabo. Analizaré estos puntos en detalle al abordar la problemática específica de la teoría del delito.

Para garantizar la seguridad jurídica, no sólo es decisiva la tarea de sistematización. Es preciso, además, que la ley penal sea verdaderamente selectiva y excepcional. La inflación penal es incompatible con la posibilidad de certeza porque por su propia naturaleza, derivada de la imperfección del lenguaje en el que necesariamente se traducen los tipos penales, se generan innumerables zonas grises que, multiplicadas, dan lugar a un vasto universo de discrecionalidad. Cuando es mucho lo que se prohíbe se termina por no saber qué está permitido y qué no lo está.

El art. 19 de la Constitución argentina expresa con claridad el principio de seguridad jurídica en todos los ámbitos del derecho y presupone un catálogo sancionador reducido y limitado, por la sencilla razón de que la regla constitucional es la libertad y no la prohibición. Por ello, el ámbito de libertad debe ser sustancialmente más amplio que el ámbito de lo prohibido y, con más razón si se trata de lo penalmente prohibido.

4. Incidencia del principio de culpabilidad en la teoría del delito

La concepción de la culpabilidad como reproche incide en la configuración de la teoría del delito. Ante todo, porque determina su punto de referencia: sólo una acción puede ser objeto de un juicio de reproche. Además, la culpabilidad establece el contenido de los estratos sistemáticos; no sólo del estrato que lleva su nombre (que es la manifestación dogmática del principio constitucional) sino, especialmente, determinando el contenido de la tipicidad. El tipo penal no puede individualizar conductas o he-

chos que, ya desde el punto de vista abstracto, son irreprochables, porque sería absurdo que individualice conductas que no se puede válidamente castigar. El tipo es una figura abstracta que puede atrapar en su descripción diversas acciones, que luego podrán ser o no justificadas o inculpables. Pero cuando, desde el vamos, el tipo individualiza conductas irreprochables, contiene en sí mismo un vicio que lo hace contrario al principio de culpabilidad. Si, por ejemplo, el tipo individualiza la acción de causar la muerte de otro sin previsibilidad alguna, estaría individualizando una conducta insusceptible de desmotivar y, por ende, de ser castigada en el marco de la vigencia del principio de culpabilidad penal.

La solución dogmática frente a una norma como esa debe ser la atipicidad por inconstitucionalidad del tipo penal y no la de la inculpabilidad. Ello es así porque la individualización de una conducta como prohibida supone la posibilidad legal de castigarla. Matar intencionalmente a otro es una acción susceptible de ser castigada aun cuando en algunos casos concurren excepciones (causales de justificación o de inculpabilidad) que eliminan el delito. En cambio, matar a otro sin previsibilidad sobre el resultado es una conducta que no puede ser constitucionalmente penada, por lo que es un contrasentido que pueda configurar un ilícito penal.

La solución de la inculpabilidad en el caso sería engañosa, ya que en realidad no existiría inculpabilidad *por* el injusto sino inculpabilidad *del* injusto. En el juicio de culpabilidad se debe determinar si al autor se le puede reprochar haber llevado a cabo un ilícito penal; pero cuando éste es de por sí intrínsecamente irreprochable no existe posibilidad alguna de efectuar un juicio válido de reproche.

Otra derivación dogmática del principio de culpabilidad es el principio de evitabilidad, que rinde sus frutos no sólo como criterio de atribución del resultado (sólo son atribuibles a la acción de un sujeto los resultados que pudo evitar), sino en toda la estructura de la teoría del delito, en la medida que sólo en función de la no evitación de lo evitable pueden imponerse al autor consecuencias jurídicas adversas. Dice ROXIN que "la aparición de la idea de evitabilidad en todas las categorías de la estructura del delito nos muestra de qué se trata en realidad: no de un concepto de acción, sino de un punto de vista de imputación (...) *Los requisitos respectivamente distintos de la acción, el injusto y la culpabilidad sólo se dan en todos los casos si el autor no los ha evitado aunque podía evitarlos.* Por consiguiente, la elaboración del principio de evitabilidad desde los puntos de vista valorativos de las diversas categorías del delito es una importante misión dogmática"⁷. Basta citar, por ejemplo, las siguientes manifestaciones dogmáticas de este principio:

a) en los delitos de omisión la posibilidad de evitar el resultado es un elemento esencial del tipo objetivo (*infra* XVII. 7. b), ya que las normas imperativas no pueden ordenar metas de imposible realización;

b) como consecuencia de lo anterior, en los tipos de omisión impropia es necesaria la existencia de un nexo de evitación entre la acción ordenada y el resultado, cuya concurrencia exige, necesariamente, la aptitud de la conducta para evitar el resultado;

c) en los tipos culposos no basta la relación causal, sino que se exige, también, la relación de determinación entre la violación del deber de cuidado y el resultado (esa relación falta cuando la acción diligente no habría evitado su producción -*infra* XVII. 5. b y 8-);

d) la necesidad como requisito de la legítima defensa y del estado de necesidad (*infra* XIX. 4 y 5) exige que no haya posibilidad de evitar el resultado de un modo menos gravoso; consecuentemente la evitabilidad del resultado por un medio menos lesivo es condición de la afirmación de la antijuridicidad;

e) el aporte causal del cómplice sólo es típico en la medida en que haya podido evitar la incidencia objetiva de su contribución; así, por ejemplo, el abogado que sabe que su dictamen -jurídicamente correcto- será utilizado para la comisión de una defraudación no es partícipe de ésta porque, sin quebrantar su rol, no tiene modo de evitar producir un aporte objetivo al delito (esto podría ser analizado como un problema de prohibición de regreso -*infra* XVII. 3. b. b- en el marco de la teoría de la imputación objetiva, o como una cuestión atinente al ámbito de prohibición de la norma -*infra* XVII. 2. b-);

f) los tres sub-estratos de la culpabilidad como escalón sistemático concurren sólo a partir de la evitabilidad, que falta en el caso del imputable, del que actúa en error de prohibición o de quien obra amparado en una causal de inexigibilidad (*infra* XX). Éstas son algunas de las manifestaciones concretas de la posibilidad de evitar como criterio de atribución.

⁷ ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, cit., p. 251.

La reacción punitiva debe contenerse racionalmente.

1. Enfoque

La naturaleza intrínsecamente mala de la reacción punitiva, hace nacer diversos principios limitativos dirigidos a minimizar el ámbito de injerencia del sistema penal en las libertades individuales. Esos principios conducen a una restricción del alcance de las leyes penales y tienden a introducir un mínimo de sentido común, coherencia y razonabilidad en su interpretación.

Cuando no existe más remedio que habilitar la reacción punitiva, el Estado no hace más que confesar su fracaso. Porque el Estado existe para preservar los derechos de los ciudadanos, evitando que ellos sean lesionados, e intentando un modo de reparación frente a la lesión ya ocurrida. Recurrir a una coerción irracional que no previene ni repara no es más que una rendición. No sólo frente al delito sino, especialmente, frente a quien pretende una reacción (venganza) de índole punitiva. Sólo cuando no es posible reparar o cuando cualquier reparación es tan sólo simbólica o cuando el conflicto adquiere una entidad trágica, el Estado debe rendirse ante la pretensión de la víctima de liberar una pulsión vengativa.

Si se rinde en otro contexto, habiendo alternativas válidas, siendo posible aún decirle que no a la víctima, el Estado fracasa intencionalmente y se degrada moralmente. De allí nace el *principio de reducción racional*, que es un principio ético-político derivado de la propia concepción de la pena como venganza y que tiene una manifestación positiva concreta en los principios de *ultima ratio* (o necesidad) y razonabilidad.

2. Principio de necesidad (*ultima ratio*)

La criminalización del conflicto debe ser estrictamente necesaria.

La reacción penal es el último recurso del Estado.

Ya vimos que la *necesidad* de la pena es considerada una condición de legitimidad en la posición consensual de Carlos NINO; también constituye uno de los principios básicos del garantismo penal en la teoría de Luigi FERRAJOLI¹.

¹ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., ps. 464-471.

Me parece claro que, en la medida en que las constituciones tienen como sentido primordial custodiar los derechos individuales frente al poder estatal, no se puede legitimar constitucionalmente una potestad coercitiva cuando existe otra menos gravosa tanto o más eficaz para solucionar un problema o mantener la vigencia de un derecho. De lo contrario, la privación del derecho individual (el afectado en exceso de lo estrictamente necesario para solucionar la controversia) deja de tener sentido y se transforma en un mero acto de poder. En la Constitución argentina ello contraría claramente la regla del art. 28 que se analiza con posterioridad.

Si se concibe al derecho como una herramienta racional y civilizada de solución de controversias, antes que como un instrumento habilitante de violencia irracional, la reacción punitiva, que no sirve en general para solucionar conflictos, debe ser el último modo de reacción estatal.

La ilegitimidad de la coerción punitiva innecesaria es tanto mayor en un sistema penal que expropia el conflicto, porque en tal caso la tensión del individuo criminalizado es directamente contra el poder público, contra la mayoría, y es justamente frente a ese tipo de relación desigual que las garantías constitucionales están llamadas a actuar, como herramientas acotantes del poder.

“Toda pena (dice el gran MONTESQUIEU) que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica; proposición que puede hacerse más general de esta manera: todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico”, decía BECCARIA².

La necesidad de la pena debe ser entendida como la imposibilidad de renunciar a ella en razón de la índole del conflicto. Cuando éste puede abordarse razonablemente mediante la utilización de otras herramientas legales, la criminalización del problema no es necesaria y se torna ilegítima desde el punto de vista ético-político y, en general, también desde una perspectiva constitucional, si se tiene en cuenta el sentido último de los límites y cuidados con los que las constituciones modernas rodean la reacción punitiva.

Existe, en suma, un principio constitucional de necesidad o de subsidiariedad o de *ultima ratio*, en virtud del cual las normas penales, en cuanto habilitantes de poder punitivo, deben ser interpretadas de modo restrictivo dando prioridad a la utilización de otras herramientas jurídicas alternativas para el abordaje de los conflictos humanos. La reacción punitiva debe ser residual, para aquellas situaciones en las que no queda más remedio que resignarse a ella.

Las disquisiciones entre interpretación extensiva y analógica que pretenden admitir la validez de la primera no pueden ser admitidas. La interpretación extensiva no sólo lesiona el principio de estricta legalidad, sino también el de *ultima ratio*. En primer lugar, porque constituye un intento

² BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., cap. 2.

de otorgar al derecho penal funciones que no tiene; interpretar extensivamente un tipo penal sólo tiene sentido a partir de la creencia de que la pena tiene una utilidad. Pero si partimos de la base de que esa utilidad no existe (y ello es así al menos respecto de los fines usualmente asignados a la pena) la extensión no tiene razón de ser. En segundo lugar, porque se olvida que la única función del derecho penal es la de limitar el poder punitivo de los órganos estatales: frente a la pretensión persecutoria se opone el principio de *ultima ratio*, sosteniendo que dicha pretensión debe ser canalizada por otras vías jurídicas alternativas, por las vías adecuadas para obtener la solución del conflicto y no por la vía de la reacción punitiva residual.

El principio de necesidad expresa el sentido de la existencia del Estado; recuerda que el Estado debe ser moralmente superior al delito y que no puede rebajarse a su nivel. El Estado debe evitar la violencia: el delito y la pena; y para ello debe agotar todos los esfuerzos para encontrar en cada caso la solución menos violenta frente a los conflictos humanos. Para lograr ese cometido debe interpretar la ley penal de modo reductor desde la concepción de la pena como *ultima ratio* del orden jurídico.

3. Principio de razonabilidad

Las leyes penales deben tener una explicación racional. Las reacciones deben guardar proporción entre sí y con sus antecedentes.

La razonabilidad se vincula con el sentido de justicia³. Se considera que las leyes no son razonables cuando son arbitrarias, esto es, cuando los medios con los que se reglamentan los derechos constitucionales no guardan relación con los fines pretendidos. Respecto de la Constitución argentina, la irrazonabilidad es un modo inconstitucional de reglamentar los derechos constitucionales en función de la regla del art. 28⁴.

Ello se deriva del siguiente argumento. El art. 28 de la Constitución Argentina prohíbe que las leyes alteren el derecho constitucional reglamentado⁵. Las leyes penales reglamentan los derechos de los autores de delitos: establecen que el derecho a la libertad puede ser menoscabado por la sanción de encierro, que el derecho de propiedad puede ser afectado por la sanción de multa, que el derecho a la honra puede verse herido por el escarnio que intrínsecamente importa la aplicación de una pena, etcé-

³ Así, LINARES, *Razonabilidad de las leyes*, cit., ps. 106-111.

⁴ Dice LINARES, *Razonabilidad de las leyes*, cit., p. 164, que “como la Constitución no define lo que entiende por *alterar* el derecho reglamentado, la garantía del debido proceso, con su fórmula de razonabilidad, configura el instrumento técnico para saber si se hiere o no en su sustancia y por tanto se altera el derecho regulado. Quiéralo o no el intérprete”.

⁵ Dice así: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

tera. Entonces, es evidente que la ley penal reglamenta negativamente el alcance de los derechos constitucionales que la pena cercena.

Por ello, la norma penal debe ser examinada constitucionalmente para establecer si genera o no una alteración del derecho reglamentado. Esto ocurre cuando la reacción punitiva carece de necesidad, esto es cuando una sanción alternativa resulta suficiente para solucionar el conflicto. Cuando ello sucede, el menoscabo punitivo del derecho constitucional es irrazonable. Claramente es un modo de alteración del derecho reglamentado. Debemos concluir, entonces, que no hay razonabilidad cuando falta la necesidad, y vemos aquí una estrecha vinculación de los principios reductores que se vienen analizando.

En materia penal, la exigencia de razonabilidad se traduce en la limitación del alcance de los tipos y las sanciones, y otorga una herramienta efectiva para ejercer un control de constitucionalidad que ampare las garantías frente al poder mayoritario.

Según LINARES, existen dos criterios de razonabilidad jurídica frente a los que debe juzgarse la validez constitucional de las leyes: la razonabilidad en la selección de los antecedentes y la razonabilidad en la ponderación entre el antecedente y el consecuente de la norma. El primer criterio hace a la consideración de los distintos supuestos que tornan aplicables diferentes consecuencias normativas⁶. El segundo criterio (que es el que me interesa a los fines del análisis que sigue) nos remite a la idea de proporcionalidad: "Para que haya razonabilidad o justicia debe haber cierta igualdad o equivalencia axiológica, entre el antecedente y el consecuente de endonorma y perinorma"⁷; "Trátase ésta de una razonabilidad -o en su caso de irrazonabilidad- en la imputación y que en el derecho de los EE.UU. se conoce como *balance of convenience rule*"⁸.

Este segundo criterio, aplicado a los tipos penales, impide el establecimiento de penas totalmente desproporcionadas a la gravedad de la conducta descrita por el tipo. Si se castigase con prisión perpetua al ladrón de estéreos, estaríamos frente a un claro supuesto de irrazonabilidad en la ponderación que tornaría inconstitucional a la norma, ya que el derecho a la libertad habría sido vulnerado por la norma que lo reglamenta.

Pero la utilidad real de este criterio para la dogmática pasa por su función acotante en la tarea de interpretación del alcance de los tipos. La magnitud de la reacción jurídica establecida en la ley penal (pena), esta-

⁶ Sostiene que aquí "se necesita comparar por los menos dos normas distintas en cada una de las cuales a ciertos hechos o ciertos entuertos se les imputan como debidas determinadas prestaciones o sanciones. Si los hechos son estimados como desiguales y lo son efectivamente, se dará una valoración positiva de razonabilidad de la selección. Si los hechos son iguales y pese a ellos se les imputa una distinta prestación, habrá irrazonabilidad de la selección" (LINARES, *Razonabilidad de las leyes*, cit., p. 117).

⁷ LINARES, *Razonabilidad de las leyes*, cit., p. 115.

⁸ LINARES, *Razonabilidad de las leyes*, cit., p. 116.

blece un criterio de interpretación del tipo y del ámbito de aplicación de su norma antepuesta. Ello permite excluir del alcance del tipo aquellas conductas que axiológicamente no revisten el grado de ofensividad que justificaría la imposición de determinada sanción como, por ejemplo, las que afectan de modo insignificante el bien jurídico tutelado.

Consecuentemente, este principio nos permite: a) acotar el ámbito de prohibición de la norma en función de la gravedad de su consecuente y de una razonable interpretación de su sentido normativo; y b) declarar la inconstitucionalidad cuando no existe posibilidad de razonabilizar la norma mediante la acotación de su radio de alcance.

De este principio se infiere claramente el principio de proporcionalidad que debe existir entre la conducta sancionada y la pena asociada a ella. Este principio está consagrado expresamente en el art. 24.3 de la Constitución de Ecuador, pero también ha sido visto como integrante del principio de culpabilidad⁹.

Prohibición de criminalizar

De los principios expuestos previamente se deriva una prohibición constitucional de criminalizar cualquier conducta.

La existencia de una afectación a un bien jurídico no alcanza para justificar una respuesta punitiva. La reacción frente a la afectación debe ser razonable y para ello es preciso que sea necesaria. Sin necesidad, entendida en los términos expuestos, no puede recurrirse a la reacción más gravosa del ordenamiento jurídico.

Este punto se vincula con una usual confusión que se deriva del modo lingüístico con que se aborda el concepto de bien jurídico.

A partir de la aserción de que existen bienes jurídicos penalmente "protegidos", se asume incondicionalmente la premisa de que las normas penales constituyen una verdadera herramienta de protección y, en un paso ulterior, se considera que la ausencia de "protección penal" equivale a ausencia de "protección".

Incluso se llega al extremo de considerar que el concepto constitucional de bien jurídico impone una obligación de proteger penalmente los bienes o derechos consagrados en la Constitución. Esta desviación conceptual es insostenible. El concepto constitucional de bien jurídico constituye un límite al poder punitivo. No es un instrumento habilitante de su expansión.

La Constitución prohíbe sancionar conductas que no afecten derechos subjetivos (bienes jurídicos), pero no obliga a sancionar leyes pena-

⁹ BACIGALUPO, *Principios constitucionales de derecho penal*, cit., p. 138. Deriva la exigencia de proporcionalidad de la prohibición de penas inhumanas y degradantes del art. 15, CE. Disposiciones similares se encuentran en diversos pactos internacionales: arts. 5, DUDH; 5.2, CADH; 7, PIDCP.

les con una finalidad tuitiva de tales derechos. La exigencia constitucional de que existan leyes penales conforma el elenco de garantías individuales: el ciudadano está más seguro frente a la arbitrariedad del poderoso cuando la ley penal acota el poder punitivo que, de hecho, existe en todas las sociedades (y que puede manifestarse en el accionar de las fuerzas estatales o en las reacciones espontáneas privadas).

La protección jurídica de un derecho adquiere facetas totalmente independientes de la reacción penal. Requiere de instituciones capaces de actuar a tiempo para evitar y hacer cesar afectaciones, y normas que prevean modos de recomposición y de solución de los conflictos. Esa es la esencia de la protección de los derechos; y la reacción penal poco tiene que hacer allí.

Sin embargo, hemos visto que cierto tipo de ataques a los derechos subjetivos adquieren una dimensión trágica o una gravedad especial, capaces de disparar reacciones irracionales que son independientes de las herramientas de protección. Es allí donde debe entrometerse el derecho penal para contener y canalizar la reacción, con el afán de reducirla a su mínima y necesaria expresión.

Desde este punto de vista, impuesto por la lógica constitucional del sistema de garantías, lejos de haber una obligación de aplicar penas para "proteger" derechos, nos encontramos con una prohibición constitucional de criminalizar aquellos conflictos que pueden ser resueltos razonablemente mediante otras instituciones o herramientas jurídicas.

Ello se desprende (tal como lo analizamos previamente) del principio de seguridad jurídica que requiere de un catálogo sancionador reducido que disminuya la discrecionalidad (y con ello, la inseguridad) y que haga efectiva la regla de la libertad consagrada en el art. 19, CN.

XIV. Principio de intrascendencia de la pena

Nadie debe ser penado por el hecho de otro. La pena debe trascender lo menos posible de la persona del condenado.

Este principio se encuentra consagrado en la mayoría de los pactos internacionales de derechos y textos constitucionales. El art. 5.3 de la CADH lo consagra del siguiente modo: "La pena no puede trascender de la persona del delincuente".

El art. 119 de la Constitución argentina, al hacer referencia al delito de traición a la patria, establece que "el congreso fijará por una ley especial la pena de este delito; pero ella no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado". Fórmulas de este tipo están presentes en las constituciones de Nicaragua (art. 37) y Paraguay (art. 18), entre otras.

De estas disposiciones se desprende, sin margen de duda, que nadie puede ser castigado por el hecho de otro. La aparente limitación establecida en el art. 119, CN, no es tal. Se trata, en realidad, de la reafirmación de una regla implícita en el texto constitucional, cuya finalidad es la de dejar claro que, aun frente a un delito tan grave como el de traición a la patria, la pena no podrá trascender a terceros. Si no puede trascender ante lo más, no puede trascender ante lo menos.

Este principio de intrascendencia de la pena tiene su explicación en el principio de culpabilidad. El criterio es que nadie puede ser reprochado penalmente por el hecho de otro. Y ello es así, aunque el tercero conociera la intencionalidad delictiva del autor, aunque tuviese una especial relación con éste y aunque se considerase necesario desde una óptica político criminal extender al tercero la sanción penal.

Podría decirse que el establecimiento de esta regla en la Constitución es un indicador más (junto con el principio de legalidad) de la existencia del propio principio de culpabilidad penal. Este principio impide que alguien sea castigado por el hecho de otro en razón de que ese hecho no le es jurídicamente reprochable.

El desarrollo alcanzado por el derecho penal torna impensable la posibilidad de que se castigue a alguien por el hecho de otro. Sin embargo, en el ámbito de la imputación por participación existe un campo propicio para que el principio se vulnere, sobre todo por la ausencia de criterios claros en la jurisprudencia en relación al alcance de extensión de la tipicidad en la participación y, especialmente, en los casos de delitos económicos o de organizaciones delictivas.

Tiene razón ZAFFARONI en denominar el principio como de trascendencia mínima¹, en razón de que es imposible que la pena no trascienda de ningún modo a la persona del autor del delito. Ello es así porque el castigo de un sujeto afecta necesariamente a su grupo familiar y a las personas que le tienen afecto o que de forma estrecha se relacionan con él.

El sentido del principio será, entonces, evitar que la trascendencia a terceros exceda del marco de lo razonable y que constituya una sanción también para éstos.

Imaginemos, por ejemplo, el caso de una familia compuesta tan sólo por una madre y un hijo menor (por ejemplo de 2 años) y que la madre es condenada a una pena de encierro. En ese caso es imposible que la aplicación de la pena no trascienda al hijo, ya que tanto si éste se recluye con su madre o si es separado de ella, será objeto de la imposición de un mal de características punitivas del que no es merecedor.

En ese ejemplo no veo otra alternativa constitucionalmente válida, más que la aplicación de una prisión domiciliaria y de la asunción por parte del Estado de los gastos de manutención del niño (y obviamente de la madre).

¹ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 124.