

CARLOS SANTIAGO NINO

*Los límites
de la
responsabilidad
penal*

Una teoría liberal del delito



ASTREA

**LOS LÍMITES
DE LA
RESPONSABILIDAD PENAL**

CARLOS SANTIAGO NINO

Miembro del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Profesor en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires

*Los límites
de la
responsabilidad penal*

Una teoría liberal del delito



EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA
BUENOS AIRES
1980

Título del trabajo original presentado
como tesis doctoral en la Universidad de Oxford:

*"Towards a General Strategy for
Criminal Law Adjudication"*

Traducción al castellano

por *Guillermo Rafael Navarro*

© EDITORIAL ASTREA

DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA S.R.L.

Lavalle 1208 — Buenos Aires

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

IMPRESO EN LA ARGENTINA

A

*Susana,
Ezequiel
y Mariano*

ADVERTENCIAS, EXCUSAS Y AGRADECIMIENTOS

En el incierto caso de que este libro atrajera la atención de algún público, es probable que esté formado por gente con distintos intereses y formación intelectual, y que no todos los temas tratados resulten relevantes para algunos de tales lectores. Espero que los juristas penales, al menos aquellos que tienen cierta vocación por el análisis de la fundamentación filosófica de instituciones y soluciones jurídicas, se interesen por el desarrollo que se presenta a lo largo de todo el libro, aun cuando puedan prescindir del primer párrafo del capítulo I, por encontrar que él contiene una exposición muy elemental de una teoría cuyos detalles les son extremadamente familiares. En cambio, los filósofos y otros teóricos sociales probablemente consideren que sólo son atinentes a sus intereses la introducción y los capítulos III, IV y V. Por último, los especialistas en derecho comparado tal vez puedan encontrar ilustrativa la exposición que se hace en los capítulos I y II.

Este es un libro algo extraño. Conviene explicar a los lectores por qué lo es, antes de que lo descubran por sí mismos, a su propia costa.

La versión original de este trabajo fue presentada como tesis para obtener el doctorado de la Universidad de Oxford. Cuando fui a Oxford tenía como objetivo estudiar una serie de tópicos relativamente independientes entre sí: la función de las teorías jurídicas y su relevancia para la aplicación judicial del derecho, la estructura de la teoría del delito continental, la justificación de la pena, la relación entre inmoralidad y delito, los principios generales del derecho penal inglés, etcétera. En un momento dado, se me ocurrió que la mejor manera de profundizar el análisis de esos temas y tomar partido a su respecto era integrarlos en un trabajo unitario que constituiría mi tesis. A pesar de que me esforcé por darle al trabajo un desarrollo coherente, creo que el resultado final deja traslucir cierta falta de equilibrio en la atención prestada a ciertos tópicos en comparación con la que dediqué a otros, lo cual es una consecuencia del hecho de haberme interesado inicialmente por algunos problemas con independencia de su importancia relativa para el plan de trabajo global que concebí ulteriormente.

El origen del trabajo también explica otro rasgo peculiar que él presenta. Su versión original fue, evidentemente, escrita pensando en los lectores ingleses. Ello hizo que, por ejemplo, me limitara a ofrecer una síntesis rudimentaria de la teoría del delito continental (la que me pareció suficiente para difundir tal teoría en un ámbito en que es casi totalmente desconocida), que, por el contrario, me detuviera con cierta minuciosidad en la discusión de algunas decisiones importantes de los tribunales ingleses (como la del caso "Hyam") y que las referencias a normas jurídicas positivas se circunscribieran, en general, a aquellas vigentes en Gran Bretaña. Cuando decidí publicar la tesis aquí, advertí que no podía realizar la tarea ímproba de adaptar todo su desarrollo para satisfacer las expectativas de los lectores de habla española.

Pero había una dificultad que debía necesariamente subsanar y ella era la falta de acceso de tales lectores a los fallos judiciales ingleses que yo comentaba, presuponiéndolos conocidos. Ello me ha inducido a agregar las largas notas que pueblan el capítulo II con transcripciones de aquellos fallos. Se podría objetar que las transcripciones son mucho más extensas de lo que era necesario para dar una idea del contenido de cada decisión; pero con ellas quise, no sólo cumplir con ese propósito, sino también, colateralmente, proporcionar material para que los lectores del libro extraigan sus propias conclusiones sobre el problema considerado en el fallo y sobre la forma y el estilo del razonamiento judicial inglés.

Por otra parte, la versión inglesa fue objeto de varias alteraciones y agregados para la publicación en español. La introducción al capítulo II, y los párrafos C, E y F del capítulo V no figuraban en la tesis original; la introducción general y los párrafos B del capítulo I, A del capítulo III, A del capítulo IV y A y G del capítulo V fueron sometidas a una amplia revisión. Al hacer algunas de tales modificaciones y adiciones no pude evitar pensar en mis nuevos interlocutores, y en consecuencia, he prestado más atención a sus presupuestos teóricos y he recurrido a algunas referencias ocasionales al derecho argentino.

Por último, debo advertir que no he podido traducir yo mismo el original en idioma inglés. A pesar de que he contado con el beneficio de una magnífica traducción por parte del doctor Guillermo Rafael Navarro y de que he hecho algún esfuerzo por unificar el estilo, pueden haber subsistido ciertas diferencias en cuanto a éste entre las partes que estaban incluidas en la versión inglesa y los agregados que he redactado directamente en castellano.

El trabajo nace, entonces, con ciertas malformaciones congénitas, por las que debo pedir excusas.

Mi estadía en Oxford fue posible gracias a una beca del Consejo Británico de Relaciones Culturales; estoy sumamente reconocido a sus autoridades y personal en Buenos Aires, Londres y Oxford por sus gentiles atenciones que removieron todo obstáculo para que pudiera concentrarme con tranquilidad en la preparación de mi tesis. La revisión del trabajo, estando ya en Buenos Aires, fue grandemente facilitada por el hecho de haber gozado durante el año 1977 de una generosa beca de la Fundación Guggenheim y por mi ingreso, a partir de los últimos meses de 1978, al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Estoy agradecido a la Universidad de Buenos Aires por haber tolerado mi ausencia mientras permanecí en Oxford.

Mi primer agradecimiento personal debe ser para los sucesivos supervisores de mi tesis, el doctor J. M. Finnis y el profesor A. M. Honoré. Sin su aliento, su inagotable paciencia y sus sumamente valiosas críticas y sugerencias hubiera sido imposible la realización de este trabajo. El tribunal académico que aprobó la tesis doctoral estuvo formado por el profesor H. L. A. Hart y el doctor P. F. Skegg. Las agudas observaciones del profesor Hart contribuyeron en mucho a que advirtiera ciertas dificultades en mi argumentación y a que mejorase la versión final del trabajo; a pesar de las divergencias con ideas de Hart que se exponen en el texto, se puede percibir fácilmente la gran influencia que su enfoque de muchos problemas ha tenido en mi formación teórica.

Estoy muy reconocido a los doctores J. Raz y J. L. Mackie, de la Universidad de Oxford, por los esclarecedores comentarios que me hicieron después de una laboriosa lectura del trabajo. Me he beneficiado grandemente

por haber discutido varios de los problemas que trato aquí, antes y después de la realización de mi tesis, con muchos amigos argentinos: entre otros, los doctores C. E. Alchourrón, J. A. Bacqué, E. Bulygin, G. R. Carrió, E. F. Garzón Valdés, A. Mansur, E. Rabossi, N. E. Spolanski y M. E. Urquijo. Por supuesto, he gozado de la ventaja de haberme formado en un ámbito en que los estudios de filosofía del derecho y derecho penal han sido promovidos e iluminados por maestros como Ambrosio L. Gioja, Luis Jiménez de Asúa y Sebastián Soler.

Recibí valiosas observaciones de los asistentes a mis conferencias sobre temas relacionados con este trabajo en las Universidades de La Plata, Autónoma de México, Carabobo, y Cornell, en el Centro Internacional de Ciencias Penales, dirigido por el doctor E. Ramos Mejía, y en la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico.

La abogada S. Beynon ha revisado el original en inglés y me previno contra incontables defectos de lenguaje y de estilo. El doctor G. R. Navarro ha hecho un notable trabajo de traducción al castellano.

La señora E. Browne y la señorita L. Callegari me han prestado una asistencia muy eficaz preparando las copias mecanografiadas de las versiones en inglés y castellano, respectivamente.

Por último, quiero rendir tributo a Oxford y a su University College. A pesar de la severidad de sus claustros medievales, Oxford enseña que la aventura intelectual puede ser extremadamente divertida. En el clima libre y relajado que impera en sus reuniones académicas, no hay idea que se considere demasiado peregrina para ser discutida seriamente, ni demasiado sagrada para ser puesta en duda. En ese contexto, la preparación de este trabajo fue una experiencia excitante y placentera. Espero que

mi estado de ánimo al escribir las páginas que siguen no esté en relación inversa con el que ellas provocarán en el lector.

CARLOS SANTIAGO NINO

ÍNDICE GENERAL

<i>Advertencias, excusas y agradecimientos</i>	IX
<i>Abreviaturas de publicaciones de fallos judiciales ingleses</i> ...	XIX
<i>Nómina de fallos judiciales ingleses citados</i>	XXI

INTRODUCCIÓN

IDEALES E ILUSIONES DETRÁS DE LA FORMULACIÓN DE UNA TEORÍA JURÍDICA

.....	1
-------	---

PARTE PRIMERA

LOS ENFOQUES VIGENTES

CAPÍTULO PRIMERO

EL ENFOQUE CONCEPTUALISTA

La teoría del delito continental europea

A. La formulación clásica	37
a) Acción	39

<i>b)</i> Tipicidad	40
<i>c)</i> Antijuridicidad	46
<i>d)</i> Culpabilidad	50
B. Reformulaciones posteriores de la teoría del delito	52
<i>a)</i> La teoría normativa de la culpabilidad	53
<i>b)</i> La incorporación del dolo al tipo	55
<i>c)</i> La caracterización del tipo	56
<i>d)</i> La teoría finalista	58
C. Examen crítico de la teoría del delito continental europea	64
<i>a)</i> La metodología dogmática	64
<i>b)</i> La definición de “delito” y el carácter valorativamente neutro de la teoría	76
<i>c)</i> La concepción “realista” de los elementos del delito	85
<i>d)</i> La fundamentación de las exigencias de la teoría ...	91

CAPÍTULO II

EL ENFOQUE INTUICIONISTA

El tratamiento de algunas cuestiones de responsabilidad penal en el derecho inglés y su comparación con los criterios de la teoría continental europea

A. Introducción	101
B. La selección de las circunstancias que el agente tiene que conocer o debería haber conocido	111
C. Intención y otras actitudes subjetivas asociadas con ella	130
D. La relevancia de los motivos	152
E. El conocimiento del “status” jurídico de la conducta ...	158
F. Excepciones al requisito de intención o conocimiento ...	171
G. Observaciones finales	188

PARTE SEGUNDA

BASES PARA UN ENFOQUE ALTERNATIVO

CAPÍTULO III

SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LA PENA

Una teoría consensual

.....	197
A. El problema de definir "pena"	198
B. La pena y la protección social	209
C. El problema de la distribución y la relevancia del consentimiento	218
D. Algunas dificultades del principio de distribución propuesto	238
E. El aspecto estigmatizador de la pena y el programa abolicionista	255
F. Algunas acotaciones sobre el retribucionismo	263

CAPÍTULO IV

EL PERJUICIO COMO CONDICIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL

.....	269
A. El reconocimiento jurídico de la moral	270
<i>a)</i> La concepción liberal	270
<i>b)</i> Presupuestos perfeccionistas y liberales en las soluciones para distintos problemas de responsabilidad penal	288
B. El requisito de perjuicio en el caso particular	304
<i>a)</i> El problema de la falta de coincidencia entre las acciones punibles y las acciones que se trata de precaver ..	304
<i>b)</i> Algunas críticas a la práctica de aplicar normas jurídicas tomando en cuenta su razón o finalidad	312

c) El principio de "enantiotelidad"	324
d) Algunas consecuencias del principio de enantiotelidad	334

CAPÍTULO V

LA ARTICULACIÓN DE LA TEORÍA**Presupuestos y aplicaciones**

.....	349
A. La posibilidad de evitar la responsabilidad penal y el problema del libre albedrío	351
B. Las actitudes subjetivas que condicionan la aplicación de la pena	385
a) El concepto de motivos y la irrelevancia de éstos para la responsabilidad penal	385
b) El consentimiento requerido	391
c) Algunas dificultades ulteriores	401
C. Quiénes pueden ser responsables penalmente: el caso de las personas colectivas	407
D. Imprudencia, negligencia y tentativa	418
a) Imprudencia	418
b) Negligencia	424
c) Tentativa	432
E. Pluralidad de hechos y pluralidad de agentes	440
a) Concurso de delitos	440
b) Participación	450
F. Un breve comentario acerca de la relación causal	457
G. Casos de justificación	470
<i>Bibliografía</i>	487
<i>Índice alfabético</i>	495

ABREVIATURAS DE PUBLICACIONES DE FALLOS JUDICIALES INGLESES

A. C.	Appeal Cases
All E. R.	All English Reports
C. & P.	Carrington and Payne Reports, <i>nisi prius</i> .
Cox C. C.	E. W. Cox's Criminal Law Cases
Cr. App. Rep.	Cohen's Criminal Appeal Reports
Crim. L. A.	Criminal Law Appeals
Cro. Car.	Croke's Reports temp. Elizabeth
Dears C. C.	Dearsly's Crown Cases Reserved
E. R.	English Reports
F. & F.	Foster and Finlanson Reports, <i>nisi prius</i> .
Het.	Hetley's Reports, Common Pleas
J. P.	Justice of the Peace
K. B. D.	King's Bench Division and Common Pleas
L.R. C.C.R.	Law Reports, Crown Cases Reserved
Q. B. D.	Queen's Bench Division and Common Pleas
Sc. L. R.	Scottish Law Reporter
W. I. R.	West Indian Reports
W. L. R.	Weekly Law Reports

NÓMINA DE FALLOS JUDICIALES INGLESES CITADOS

- "Ahlers" [1915] 1 K.B. 616.
"Alphacell" [1972] 2 All E.R. 475.
"Allen v. Westley" (1628) Het. 97.
"Ashman" (1958) 1 F. & F. 88, 89.
"Bailey" (1800) 168 E.R. 651.
"Barnes and Richards" (1940) 27 Cr. App. Rep. 154.
"Barronet and Allain" (1852) Dears C.C. 51.
"Bishop" (1880) 5 Q.B.D. 259.
"Buckett" (1964) 7 W.I.R. 271.
"Buckoke v. Great London Council" (1971) 2 All E.R. 254.
"Burdett" (1820) 106 E.R. 884.
"Chandler" [1964] A.C. 763.
"Church" [1966] 1 Q.B. 59.
"Cundy v. Le Cocq" (1884) 13 Q.B.D. 207.
"Dadson" (1850) 4 Cox C.C. 358.
"Day" (1844) 8 J.P. 186.
"Deller" (1952) 36 Cr. App. Rep. 184, C.C.A.
"Desmond" (1868) *The Times*, April 28.
"Eagleton" (1855) Dears C.C. 515.
"Esop" (1836) 7 C. & P. 456.
"Gould" [1968] 2 Q.B. 65.
"Hibbert" (1869) L.R. 1 C.C.R. 184.
"Hobbs v. Winchester Corporation" [1910] 2 K.B. 471.
"Houghton v. Smith" [1974] 2 W.L.R. 1.
"Hyam" [1974] 2 W.L.R. 607.
"King" [1963] 3 All E.R. 561.
"Latimer" (1886) 17 Q.B.D. 359.
"Levett" (1638) Cro. Car. 538.
"Matthews" [1950] 1 All E. R. 137.
"Morgan" [1975] 2 All E.R. 347.
"Pembliton" (1874) L.R. 2 C.C.R. 119.
"Prince" (1875) L.R. 2 C.C.R. 154.
"Roberts" (1889) 27 Sc. L.R. 198.

XXII NÓMINA DE FALLOS JUDICIALES INGLESES CITADOS

- "Serné" (1887) 16 Cox C.C. 311.
"Sherras v. De Rutzen" [1895] 1 Q.B. 918.
"Smith" [1961] A.C. 290.
"Southwark London Borough v. Williams" [1971] 2 All E.R. 175.
"Sweet v. Parsley" [1970] A.C. 132.
"Thabo Meli" [1954] 1 All E.R. 373.
"Tolson" (1889) 16 Cox C.C. 629.
"Twose" (1879) 14 Cox C.C. 327.
"Vickers" [1957] 2 Q.B. 644.
"Wilson v. Inyang" [1951] 2 All E.R. 237.
"Woolmington" [1935] A.C. 462.
"Wringley" [1957] Crim. L.A. 57.

“La ciencia criminal tiene por misión moderar los abusos de la autoridad en el desarrollo práctico de aquellos tres grandes temas [la prohibición, la represión y el juicio], en cuya obra, que constituye la actividad sustancial y la razón de ser de la organización social, se encuentra el complemento del orden cuando aquéllos son regulados como se debe, y una fuente perenne de desórdenes y de iniquidad, cuando quedan abandonados al capricho y a las pasiones del legislador. Los preceptos destinados a moderar de esta manera el poder legislativo deben remontarse hasta un principio común y fundamental, y la fórmula que expresa ese principio es el programa de la ciencia criminal.”

(Carrara, F., *Programa de derecho criminal*, vol. 1, p. 3 y 4).

INTRODUCCIÓN

IDEALES E ILUSIONES DETRÁS DE LA FORMULACIÓN DE UNA TEORÍA JURÍDICA

Es ya casi un lugar común afirmar que un orden jurídico, como el derecho penal de un cierto Estado, no constituye un sistema autosuficiente de soluciones para cualquier caso concebible. La vaguedad y ambigüedad propias del lenguaje natural en que se formulan las normas del sistema, la posibilidad de que tales normas presenten lagunas y contradicciones lógicas y otras clases de indeterminaciones que pueden afectar al sistema¹, dan lugar a que en muchas ocasiones los jueces y otros órganos que tienen que decidir casos particulares, no puedan justificar sus decisiones sobre la base exclusiva de las normas jurídicas positivas en conjunción con las circunstancias del caso, sino que deben recurrir a premisas adicionales.

Es un tema de permanente debate en el contexto de la filosofía del derecho la cuestión acerca de cómo se pueden obtener tales premisas adicionales a las que los jueces necesitan recurrir para justificar sus decisiones en los casos de indeterminación del sistema jurídico. Buena parte de

¹ Ver un estudio de los distintos tipos de indeterminaciones que pueden afectar a un sistema jurídico en Nino, C. S., *Notas de introducción al derecho*, Bs. As., Astrea, 1975, vol. IV.

la teorización jurídica que se ha elaborado en relación a temas como la interpretación de la ley, el razonamiento o el método jurídico, las fuentes del derecho, etc., ha sido producto de una preocupación casi obsesiva por encontrar procedimientos racionalmente controlables y axiológicamente neutros que permitan a los jueces justificar sus decisiones en casos de silencio del derecho positivo. Los objetivos evidentes de tales esfuerzos son, por un lado, paliar la falta de seguridad y certeza que implica la posibilidad de decisiones judiciales no controladas por normas generales estipuladas con antelación al caso, y por el otro, preservar el principio de separación de poderes, mostrando que los jueces, en la resolución de casos para los cuales el derecho positivo no contiene una solución unívoca, no necesitan recurrir a principios morales o de justicia, pautas ideológicas, valoraciones acerca del bienestar común, etc., cuya aceptación o rechazo se considera privativa de los órganos "políticos" del Estado.

Sin embargo, una vasta literatura² ha mostrado la ineficacia de tales intentos de encontrar procedimientos valorativamente asépticos y controlables mediante criterios "objetivos" para justificar decisiones judiciales cuando el derecho es indeterminado; los métodos de interpretación, técnicas de razonamiento jurídico, concepciones acerca de la "naturaleza" del derecho que se han propuesto con ese objeto se apoyan en presupuestos lógicos o epistemológicamente espurios y, en general, suponen premisas valorativas encubiertas³. Es lamentable que se haya desperdicia-

² Por ejemplo, Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Bs. As., 1963; Carrió, G. R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Bs. As., Astrea, 1965; Alchourrón, C. E. y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias sociales y jurídicas*, Bs. As., Astrea, 1975.

³ Ver análisis de algunos de estos desarrollos en, por ejemplo, Garzón Valdés, E., *La "naturaleza de la cosa" en el pensamiento jurídico alemán*, Córdoba, 1970; Bulygin, E., *La naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Bs. As. 1970; Nino, C. S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, 1974; Bacqué, J. A. y Nino, C. S., *Lesiones y retórica*, LL, 126-966.

do tanto esfuerzo intelectual por no reconocer, en primer lugar, que ningún sistema jurídico puede proveer soluciones unívocas para todo caso posible y, en segundo término, que si los jueces tienen que decidir los casos no resueltos por el derecho positivo, tendrán que hacerlo de acuerdo con premisas valorativas. Todavía es más desafortunado que la falta de reconocimiento de estos hechos haya desviado la atención de los teóricos del derecho de la discusión de los problemas genuinos a que aquéllos dan lugar: la determinación de los principios normativos que los jueces deben seguir en su reconstrucción del sistema jurídico en diferentes áreas para hacerlo aplicable a casos que originalmente él no resolvía; la posibilidad de justificar racionalmente tales principios; las limitaciones a que los jueces tienen que atenerse en sus especulaciones valorativas a fin de preservar un ámbito de decisión que quede reservado a los órganos "políticos".

Hay, además, otra dimensión de problemas que la teoría jurídica contemporánea generalmente pasa por alto. Los jueces, como todos nosotros, son moralmente responsables por sus actos y decisiones. El fundar sus decisiones en el sistema jurídico vigente en su ámbito no los exime de esa responsabilidad. La vigencia de unas normas jurídicas y no de otras constituye un hecho y los hechos no configuran razones suficientes u operativas⁴ para justificar una acción o decisión. Un razonamiento práctico es necesariamente inconcluyente si sólo se funda en premisas fácticas, sin contener también premisas que expresen deseos o intereses o invoquen valoraciones.

El iusnaturalismo pretende que las proposiciones acerca de lo que el derecho dispone expresan razones suficientes para justificar una acción o decisión, mediante el pro-

⁴ Ver el concepto de razón operativa para actuar en Raz, J., *Practical Reasons and Norms*, Londres, 1975, p. 22.

cedimiento de distinguir el derecho de lo meramente fáctico. Para ello recurre a un concepto normativo o valorativo de derecho, según el cual no es posible identificar soluciones jurídicas sin adoptar una postura acerca de su adecuación con ciertos principios morales o de justicia postulados como absolutos.

También Kelsen, a pesar de su profesado positivismo, considera que el derecho no pertenece al ámbito de lo fáctico (al mundo del "ser"), aunque está intrínsecamente vinculado a él, definiendo el concepto de derecho en términos normativos mediante el expediente de erigir en propiedad definitoria la fuerza obligatoria o deber de observancia (validez) del sistema que se califica de jurídico. La diferencia entre Kelsen y el iusnaturalismo es que según este autor, la identificación por parte de los juristas de un sistema jurídico no requiere que éstos comprometan su juicio acerca de la fuerza obligatoria o validez de las prescripciones del sistema, debiendo limitarse (si es que pretenden hacer una labor científica, axiológicamente neutra) a suponer como *hipótesis* tal fuerza obligatoria o validez. La norma básica kelseniana (que es el juicio que predica la validez o el deber de observar directamente la primera constitución del sistema e indirectamente el resto de sus prescripciones) no debe ser adoptada categórica, sino sólo hipotéticamente, por la ciencia del derecho. De este modo, la teoría de Kelsen pareciera permitir la conclusión de que las proposiciones acerca de lo que el derecho dispone (que para Kelsen son juicios de "deber ser") expresan razones operativas para justificar una decisión, sin implicar por ello la adopción de una postura axiológica. Pero esto no es así, puesto que un razonamiento práctico que se funda en una premisa sólo hipotéticamente aceptada, no puede dar lugar más que a una conclusión también hipotética, que no permitirá justificar una decisión. Por eso, aunque Kelsen no se expida claramente a este respecto, la interpretación más

razonable de su teoría es que mientras los juristas teóricos no necesitan adoptar categóricamente la norma básica, puesto que sus conclusiones pueden ser hipotéticas, las decisiones judiciales (que, por supuesto, no son conclusiones hipotéticas), implican la aceptación categórica de la norma básica del sistema (o sea, de la validez o fuerza obligatoria de tal sistema) por parte de los jueces. Según esta interpretación, es precisamente el hecho de que los jueces aceptan positivamente la fuerza obligatoria de las prescripciones del sistema, lo que determina que la ciencia jurídica presuponga como hipótesis dicha validez o fuerza obligatoria para verificar qué conclusiones se siguen consecuentemente de esa hipótesis⁵. Esto significa que la teoría de Kelsen así reconstruida no excluye, sino que por el contrario presupone, que las decisiones judiciales implican la adopción de una postura valorativa acerca de la justificación de las normas que se alegan como fundamento de ellas.

Esto mismo se advierte con mucho mayor claridad en relación a teorías positivistas que, como las de Austin⁶, Ross⁷ y Hart⁸, caracterizan el sistema jurídico en términos puramente fácticos; la adopción de un concepto descriptivo de derecho implica que las proposiciones acerca de lo que el derecho dispone no expresan razones suficientes para justificar una decisión; tales razones suficientes requieren premisas adicionales de índole axiológica, como el principio moral de que debe observarse lo que cierto derecho positivo dispone. Es decir que la controversia entre iusnaturalistas y positivistas no incide sobre la conclusión de

⁵ Ver un análisis más detallado de estos problemas en relación a la teoría de Kelsen en Nino, C. S., *Some Confusions Around Kelsen's Concept of Validity*, "Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie", Band LXIV/3 (1978), Raz, J., *Kelsen's Theory of the Basic Norm*, en "American Journal of Jurisprudence", vol. 19 (1974).

⁶ Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres, 1955.

⁷ Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, citado.

⁸ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Bs. As., 1963.

que las decisiones judiciales presuponen una toma de posición en materia valorativa; la diferencia entre una y otra posición reside meramente en que mientras para el iusnaturalismo tal toma de posición es lógicamente previa a la identificación de las soluciones que el derecho dispone, para el positivismo (que define “derecho” en términos puramente descriptivos) esta identificación es independiente de la posición axiológica que se adopte.

Decir que cualquier decisión judicial supone la adopción de una postura moral o ideológica sobre la legitimidad de las normas positivas que ella aplica (o sea, que el razonamiento judicial presupone premisas axiológicas aun cuando verse sobre un caso resuelto inequívocamente por el derecho positivo), no implica por cierto sostener la tesis, evidentemente falsa, de que los jueces obran siempre por motivos morales. Los jueces, como todos los mortales, pueden estar determinados en sus decisiones por una variedad de motivos de distinta índole. Tales motivos pueden, naturalmente, constituir razones que permiten *explicar* una decisión judicial; pero, en la medida en que una decisión judicial sea moralmente relevante (como prácticamente lo son todas las decisiones judiciales), sólo razones axiológicas podrán servir para *justificar* tal decisión. Aunque un juez aplique para resolver un caso ciertas normas positivas por motivos que nada tengan que ver con su creencia en la legitimidad moral de ellas, la justificación de esa decisión requiere pronunciarse sobre tal legitimidad.

Una corriente de pensamiento que ha sido identificada con el positivismo, aunque se trata de un positivismo “ideológico” radicalmente diferente del positivismo “metodológico” de autores como Bentham, Austin, Kelsen, Ross y Hart⁹, reconoce lo que acabo de sostener, pero afirma

⁹ Ver una distinción entre diferentes tesis atribuidas al positivismo en Nino, C. S., *Dworkin and Legal Positivism*, en “Mind” (a aparecer en octubre 1980). Sostengo allí que la oposición entre el enfoque iusnaturalista y la tesis central del positivismo no es genuina y que la controversia se debe

que la posición de los jueces ante el problema de determinar las premisas axiológicas que permitan justificar sus decisiones, es muy simple, puesto que los jueces tienen que fundar sus decisiones en un único principio moral: el que estipula el deber de aplicar las prescripciones del orden jurídico positivo al que los jueces están adscriptos, cualquiera que sea el contenido de tales prescripciones. En la base de esta concepción subyace la idea, ya comentada, de que conceder libertad a los jueces para que formulen especulaciones en materia axiológica generaría grave inseguridad e incertidumbre e implicaría una invasión por parte de ellos en el ámbito de decisión de los órganos políticos; más aún, se supone que ese modo de administración de justicia implicaría la desaparición del derecho como sistema de normas generales, puesto que los jueces decidirían cada caso de acuerdo con la solución que les parecería más justa; decidirían según la "equidad", no según el "derecho".

Pero esta concepción, además de no dar cuenta de los casos en que el derecho positivo es indeterminado, suscita inmediatamente dudas muy serias. En efecto, ¿es posible excluir a cierto grupo de gente, en este caso los jueces, del plano de la deliberación en materia moral, sometiéndolos a las conclusiones de las deliberaciones de otras personas? (si la idea de autonomía como característica formal de cualquier sistema moral tiene algún sentido, ello implicará que la pretensión es imposible). ¿Significará tal exclusión que por el mero hecho de que un sistema positivo designe a cierta gente como "jueces", concede a esas personas una suerte de inmunidad moral mientras actúen dentro de los límites de su competencia? (cosa que los jueces nazis invocaron en su defensa). Si hay razones axiológicas (vinculadas con la seguridad y certeza del derecho y la

a no advertirse que el concepto descriptivo de derecho positivista y el concepto normativo iusnaturalista son ambos legítimos cuando usados en distintos contextos. Ver notas 32 y 49, cap. I.

separación de los poderes) para que los jueces apliquen ciertas normas positivas a pesar de que ellos las consideren injustas, ¿no se exige con ello que los jueces, lejos de abstenerse de formular estimaciones valorativas, tomen precisamente en cuenta esas razones axiológicas en sus decisiones de aplicar o no una norma positiva? Si esto es así, ¿se podrá evitar que los jueces contrapongan tales consideraciones axiológicas a otras de la misma índole, como, por ejemplo, la injusticia general del sistema positivo o la grave iniquidad de una norma particular de él? Obviamente ni una norma jurídica ni un principio moral pueden impedir que los jueces tomen en cuenta todas las consideraciones morales que estimen relevantes en su decisión de aplicar o no una norma del derecho positivo. Esto no implica necesariamente que jueces moralmente responsables vayan a reemplazar en cada caso la solución prescripta por una norma general por la que ellos habrían considerado justa si hubieran sido los llamados a legislar sobre la materia: si el sistema jurídico es en general justo y los órganos encargados de emitir normas generales son legítimos, seguramente la decisión moralmente correcta será preferir que se mantenga la vigencia general del sistema, promoviendo la obediencia a las normas generales y la previsibilidad de las decisiones judiciales, que dejar de aplicar una norma moderadamente injusta.

Estas consideraciones sobre la necesaria dependencia que las decisiones judiciales tienen respecto de premisas axiológicas, tanto cuando el derecho positivo es indeterminado como cuando ofrece una solución cierta, tiene serias repercusiones en relación al alcance de la teoría jurídica¹⁰. Porque ha sido siempre, reconocidamente o no, una función relevante de las elaboraciones de juristas teóricos su-

¹⁰ Las consideraciones que siguen respecto de la teoría jurídica están más ampliamente desarrolladas en mi monografía, *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Universidad de Carabobo, en prensa.

ministrar criterios para guiar y enjuiciar la administración de justicia. ¿Deberían los juristas asumir como tarea propia la de incursionar en problemas de filosofía política y moral, contribuyendo a esclarecer la tarea judicial de determinar la legitimidad moral de las normas jurídicas positivas aplicables a un caso y decidir de acuerdo con qué premisas axiológicas deben resolverse los casos respecto de los cuales el derecho positivo es indeterminado?

La respuesta corriente, tanto de los juristas dogmáticos como de un importante sector de la filosofía del derecho contemporánea es negativa, aunque con algunas calificaciones que varían de unos autores a otros. Se sostiene que la teoría jurídica en cuanto actividad científica, cognoscitiva y racional, debe eludir consideraciones de índole valorativa o moral, que no son susceptibles de tratamiento científico. Kelsen¹¹, por ejemplo, sostiene que la ciencia jurídica debe mantenerse “pura” de consideraciones axiológicas y limitarse a describir las normas del derecho positivo, señalando en todo caso sus distintas posibilidades de interpretación y dejando a los órganos de aplicación la elección de una de ellas. Ross¹², por su parte, caracteriza la función distintiva de la ciencia jurídica como la de formular proposiciones acerca de que ciertas normas forman parte del derecho vigente; tales proposiciones son predicciones de que tales normas serán tomadas en cuenta, si ciertas condiciones permanecen constantes, como parte relevante del razonamiento de los jueces que conduce a sus decisiones. Este autor reconoce que esta actividad científica de los juristas es muy difícil de separar de la actividad política *de sententia ferenda* que ellos también despliegan de hecho (recomendando, por ejemplo, a los jueces la adopción de una cierta interpretación de la ley ante la existencia de varias alterna-

11 Kelsen, *Théorie pure du droit*, París, 1962, p. 462.

12 Ob. cit., p. 38 y ss.

tivas) y hasta admite que no hay razón para que los juristas abandonen esta actividad de influir en las decisiones judiciales, aunque considera que tal actividad no es controlable por criterios racionales (sino cuando se limita a mostrar los medios para satisfacer valoraciones socialmente dominantes, asumiéndolas como hipótesis y sin pronunciarse acerca de su validez). Alchourrón y Bulygin¹³ distinguen lúcidamente dos especies de tareas que consideran propias de la ciencia jurídica: primero, la actividad empírica de determinar qué normas forman parte de la base de un cierto sistema jurídico, lo que presupone un cierto criterio de pertenencia (o definición de “validez”) que contiene criterios de admisión y rechazo. Segundo, las operaciones lógicas de sistematización, que consisten, por un lado, en reemplazar la base del sistema por un conjunto más reducido y económico de normas que sean lógicamente equivalentes a las que integraban la base anterior, y por otro lado, en deducir mediante el empleo de ciertas reglas de inferencia, las consecuencias lógicas de la base del sistema. Estos autores no se pronuncian sobre la actividad de reconstrucción del sistema que los juristas efectivamente desarrollan (asignando, por ejemplo, una determinada interpretación a normas que admiten diversos sentidos o proponiendo determinada resolución de las contradicciones normativas), pero es indudable que la descalifican como actividad científica e incluso —en algunos pasajes— como actividad racional¹⁴.

¹³ Ob. cit., cap. V.

¹⁴ Por ejemplo, dicen en nota de la obra citada (p. 122): “De hecho, como el derecho se formula en lenguaje ordinario, las inferencias de los juristas rara vez son rigurosamente formales, y la cuestión de saber si un enunciado tiene o no tales consecuencias y si ha de figurar, por lo tanto, en la base, no puede resolverse a veces por medios puramente racionales. En esas situaciones todo lo que puede hacer el científico, en cuanto tal, es señalar las posibles alternativas y las consecuencias de cada una de ellas, dejando a la decisión de las autoridades competentes la elección de una u otra”. En la página 128 estos autores sostienen: “Semejante pretensión de la jurisprudencia de conceptos (extraer nuevas normas por el método de la

En cuanto estas exposiciones se limitan a destacar qué es lo que puede considerarse “científico” en un sentido más o menos ortodoxo de la expresión, en la actividad que despliegan o podrían desplegar los juristas respecto de un sistema positivo, no hay buenas razones para objetarlas; indudablemente sólo con una hipertrofia del concepto de ciencia que lo extendiera mucho más allá de su alcance generalmente admitido, podría considerarse “científica” la actividad de estimar la justificabilidad de ciertas normas y proponer formas de reconstruirlas cuando ellas fueran indeterminadas. Pero hay, sin embargo, algo de insatisfactorio en centrar el análisis metodológico en aspectos de la actividad jurídica que son indudablemente secundarios a la función principal, científica o no, que la teoría jurídica satisface provechosamente, y que están estrechamente ligados a esta última. Aunque no se lo diga explícitamente, como lo hace Kelsen, se da la impresión de que el modelo ideal de actividad teórica frente al derecho positivo (sea o no practicable) sería el que se atuviera a los cánones estipulados de elaboración científica.

Sin embargo, en primer término, es muy difícil separar los aspectos “cognoscitivos” de la teoría jurídica de sus propuestas de índole valorativa. En relación a la tesis de Kelsen, por ejemplo, como bien lo ha apuntado Ross¹⁵, la mera mención de las diferentes alternativas de interpretación de una norma jurídica presupone la elección de un cierto criterio de asignación de significado (por ejemplo, atenerse al uso común del lenguaje para señalar después la vaguedad o ambigüedades que el lenguaje de la ley tiene a la luz de ese

construcción jurídica) o es vana, si no se trata más que de la formulación explícita de las normas que ya están contenidas implícitamente en el sistema, o transgrede los límites de la función cognoscitiva de la ciencia, al invadir el terreno de la creación del derecho, que es función política que compete al legislador”.

¹⁵ Ob. cit., p. 328.

uso común), lo cual está determinado por consideraciones pragmáticas. En relación al modelo de Alchourrón y Bulygin, es evidente que tanto la búsqueda de una base normativa más económica como la deducción de consecuencias lógicas, suponen haber resuelto el problema crucial en gran parte de las controversias jurídicas, que es, de nuevo, la elección de una interpretación semántica de los enunciados legales. Incluso puede alegarse que en la elección de un criterio de pertenencia, paso previo al uso de tal criterio para determinar empíricamente las normas que forman parte del sistema, intervienen consideraciones valorativas.

En segundo lugar, si la actividad teórica de los juristas se atuviera al modelo de ciencia jurídica propuesto en estas elaboraciones, tal actividad tendría alcances tan modestos, que difícilmente se la podría considerar una "ciencia", cuya metodología y aparato conceptual requieren un análisis minucioso por parte de la filosofía del derecho (como ocurre de hecho con la labor fundamentalmente descriptiva y sistematizadora que los juristas anglosajones realizan respecto de su derecho positivo; nadie ha pensado nunca en calificarla de "científica" y la atención de los iusfilósofos de ese ámbito se centra, no en esa labor, sino en la de los jueces, quienes desarrollan la clase de elaboraciones que en la tradición continental europea realizan los juristas teóricos). Es de hacer notar que la determinación de qué normas jurídicas tienen vigencia en cierto ámbito, generalmente no es tarea que los juristas continentales encaren por sí mismos, salvo en casos excepcionales en que se suscita alguna controversia de cierta complejidad, sino que los juristas suelen operar sobre materiales provistos por publicaciones jurídicas que recopilan las regulaciones vigentes. (¡Los verdaderos científicos jurídicos, según el modelo de Ross, serían los editores de tales publicaciones!). En cuanto a la sistematización del orden jurídico, ella es, por cierto, una actividad sumamente útil y esclarecedora y no hay duda de que

los juristas teóricos la encaran provechosamente en algunas ocasiones; pero la factibilidad y relevancia de las operaciones de sistematización está supeditada a condiciones tales que sólo se las puede desplegar esporádicamente respecto de sectores muy restringidos del orden jurídico: la búsqueda de una base normativa más económica pero equivalente a la anterior, supone que sea posible encontrar descripciones estrictamente coextensivas a diferentes descripciones contenidas en varias normas jurídicas; no se ve cómo esto puede hacerse en el caso, por ejemplo, de la mayoría de las normas de la parte especial de un código penal. En cuanto a la inferencia de las consecuencias lógicas de la base normativa, es evidente que no se puede exigir que los juristas deduzcan *todas* las consecuencias lógicas de un cierto conjunto de normas; primero, porque ellas serán probablemente infinitas (como lo muestran los ejemplos que proponen Alchourrón y Bulygin¹⁶), y segundo, porque, en la mayoría de los casos ellas son obvias y triviales; sólo cuando las normas que constituyen la base tienen entre sí intrincadas relaciones lógicas (como ocurre, por ejemplo, con algunos sectores de nuestro Código Civil), es relevante e iluminador mostrar las consecuencias lógicas que de ellas se siguen. En general, las operaciones de sistematización están al servicio de las elaboraciones normativas de reconstrucción del orden jurídico que los juristas desarrollan. Cuando se intenta reemplazar un conjunto de normas por un principio más general que las implique, no se pretende respetar el requisito de equivalencia, sino que se pretende que del principio general se infieran soluciones para casos no resueltos por tales normas. La inferencia de consecuencias lógicas de una norma tiene, en general, la finalidad de verificar la adecuación valorativa de cierta posible interpretación de la norma en cuestión (se propone una cierta

16 Ob. cit., p. 116.

interpretación de la norma, se explora cuáles serían sus consecuencias lógicas para ciertos casos críticos y si ellas no resultan satisfactorias, se abandona tal alternativa interpretativa y se ensayan otras).

Puesto que los órganos de decisión jurídica deben asumir ineludiblemente posturas axiológicas para justificar racionalmente sus decisiones, es irrazonable pretender que los juristas académicos renuncien a asistirlos en tal tarea, cuando se encuentran, en varios sentidos, en mejores condiciones que ellos para explorar teóricamente problemas de fundamentación valorativa. Una sentencia judicial no puede convertirse en un tratado de especulación teórica que discuta las posibles justificaciones de los principios morales y políticos que fundamentan la decisión. Los juristas académicos no están urgidos, en cambio, por la necesidad de resolver el caso presente y pueden encarar un análisis exhaustivo de diferentes modelos de justificación, explorando sus consecuencias en distintas áreas jurídicas y en relación a casos reales e hipotéticos. No es casualidad que en un ámbito en el que los juristas no realizan por lo común esta tarea, como ocurre en el *common law*, los jueces, obligados a realizarla por sí mismos dentro del reducido marco de una sentencia, tengan que eludir, como luego veremos, la función de fundamentar sus decisiones en teorías y principios suficientemente generales como para permitir justificar también otras decisiones adoptadas en áreas apartadas de la que constituye el caso a decidir.

Claro está que, en contra de la asunción por parte de los juristas de esta tarea de fundamentación axiológica, se levanta el espectro del relativismo y escepticismo ético, según el cual esta tarea es eminentemente irracional e impropia de teóricos sociales. Esta posición ha sido también identificada indebidamente con el positivismo, no advirtiéndose que, si bien algunos positivistas como Kelsen y Ross han adoptado una posición relativista y escéptica en

materia ética, otros positivistas prominentes, como Bentham y Austin y en forma menos definida Hart, han defendido la posibilidad de justificar racionalmente, y hasta por procedimientos cognoscitivos, los juicios de valor, y han considerado que esta posición es independiente de la tesis positivista de que el concepto de derecho debe ser definido en forma tal que la identificación de soluciones jurídicas no requiera la formulación de tales juicios de valor¹⁷.

Aun a riesgo de simplificar exageradamente la consideración de un problema cuya complejidad ha determinado un tratamiento cada vez más elaborado y sofisticado por parte de la filosofía ética, conviene decir aquí algunas palabras acerca de la posición relativista y escéptica en materia axiológica. El relativismo puede sostenerse en tres niveles diferentes de discusión ética.

En el plano de la *sociología ética*, la posición relativista sostiene que sociedades diferentes, grupos sociales distintos o diferentes personas suscriben, como cuestión de hecho, principios valorativos antagónicos o adoptan creencias éticas divergentes. Esta posición es aparentemente correcta (aunque cierta cautela es necesaria para discriminar los casos en que la divergencia en los juicios morales no obedece a que se sustenten principios morales diferentes, sino que está determinada por la variación de las circunstancias fácticas a las que tales principios se aplican). Sin embargo, el relativismo sociológico no permite inferir que posiciones morales contrapuestas, sostenidas por distintos grupos sociales o personas, sean todas ellas válidas o que la invalidez de algunas de ellas no pueda ser racionalmente demostrada.

En el nivel de la *ética normativa* la tesis relativista puede recibir distintas formulaciones: por ejemplo, que la corrección o incorrección moral de un acto varía de acuerdo con la persona que lo ejecuta, de manera que una conducta

¹⁷ Ver Nino, *Dworkin and Legal Positivism*, citado.

que sería “para mí” incorrecta puede ser correcta si la ejecuta otro, o que lo que dicta la conciencia individual de cada uno es siempre moralmente adecuado, o que al sostener cierto punto de vista moral se debe tener siempre presente que la postura moral opuesta puede ser correcta. La formulación explícita de esta posición, una vez distinguida del relativismo sociológico, tiene ineludiblemente connotaciones paradójicas: si uno afirma cierta proposición moral, implica con ello que la proposición moral opuesta es errónea y que cualquiera que la sostuviera estaría equivocado; parece extraña esta asunción simultánea del papel de agente moral que formula juicios éticos y el de observador externo que se mantiene imparcial respecto de los juicios que uno mismo formula y de los juicios contrapuestos que otros enuncian; por otro lado, la universalización inherente a todo juicio ético excluye la posibilidad de que las conclusiones morales acerca de la corrección de cierta acción puedan variar de acuerdo con la persona que la ejecuta, salvo que la alteración de los agentes implique diferencias en cuanto a circunstancias moralmente relevantes. A menudo se piensa que esta posición relativista es la única que garantiza una actitud tolerante y liberal en relación a gentes que sostienen creencias morales diferentes de las nuestras. Sin embargo, esto también es paradójico puesto que esta posición no es compatible con la defensa de la tolerancia como principio moral absoluto. Por otra parte, una actitud cautelosa y no dogmática en la adopción de puntos de vista morales no está intrínsecamente vinculada a la posición relativista, como lo demuestra el hecho de que la misma actitud se puede tener respecto de proposiciones empíricas fuera del campo de la ética, sin que ello implique que quien lo hace sustente un relativismo epistemológico¹⁸.

¹⁸ Ver discusiones sobre el relativismo en Hospers, John, *Human Conduct*, Nueva York, 1972; Williams, Bernard, *Morality*, Cambridge, 1972, p. 34 y ss.;

En el plano de la *teoría ética* o *meta-ética* el relativismo se confunde con el escepticismo, es decir, con la opinión que sostiene que no es posible demostrar racionalmente la validez de juicios acerca de principios morales últimos. Este es el tema crucial de la filosofía ética y para su resolución se recurre crecientemente a distinciones y construcciones teóricas cada vez más sofisticadas. Indudablemente es un problema que hay que elucidar tomando en cuenta los aportes de la filosofía del lenguaje, pues la determinación del tipo de validación que puede ser adecuada a los enunciados valorativos depende del análisis acerca del carácter de tales enunciados y del significado de las expresiones éticas. Hasta hace unos años la posición escéptica parecía ganar sustento gracias al auge de teorías no descriptivistas (o sea emotivistas o prescriptivistas) respecto de los juicios morales y del significado de los términos éticos, pero la aparición de fuertes objeciones contra estas teorías, como las fundadas en la distinción entre significado y fuerza ilocucionaria de una expresión¹⁹ y la revalorización de la llamada *falacia naturalista*²⁰, ha apagado el entusiasmo de los escépticos. Aunque la cuestión está muy lejos de haberse elucidado satisfactoriamente y los argumentos escépticos siguen provocando genuina perplejidad, hay algo de insatisfactorio en el escepticismo habitual, que se defiende dogmáticamente y *a priori* del examen de los distintos intentos de fundamentar racionalmente postulados valorativos últimos. Así, se ignora o se descalifica de entrada el creciente número de elaboraciones que intentan justificar principios valorativos últimos, por

Cohen, Brenda, *Three Ethical Fallacies*, "Mind", vol. LXXXVI, nº 341, p. 81 y ss., enero 1977.

¹⁹ Ver por ejemplo, Urmson, J. O., *The Emotive Theory of Ethics*, Londres, 1968, p. 130; Searle, John, *Speech Acts*, Cambridge, 1969, p. 136 y ss.

²⁰ Ver Frankena, W. K., *The Naturalistic Fallacy*, en Foot, Ph., ed., "Theories of Ethics", Oxford, 1967, p. 50 y ss.

ejemplo, a partir de características formales del razonamiento moral, o del objeto o función de todo sistema moral, o de principios de racionalidad ²¹ (si bien es cierto que estas demostraciones distan mucho de ser completamente convincentes, sugieren sin embargo caminos fructíferos que vale la pena explorar). Por otra parte, constituye un hecho curioso que el escepticismo en materia ética sea el único escepticismo filosófico que ha paralizado efectivamente la actividad respecto de la cual se es escéptico (o sea la especulación teórica en el plano moral-normativo). Ni el escepticismo respecto de las matemáticas ha desalentado a los matemáticos de proseguir con su actividad, ni el escepticismo en materia de conocimiento empírico y de inducción científica ha detenido el progreso de las ciencias naturales. Se corre el riesgo de que el escepticismo ético se autoconfirme en cierto modo por falta de construcciones morales en relación a las cuales se alegue la posibilidad de demostración racional (un punto relacionado con éste es el señalado por Rawls ²², de que el intento de construir una teoría normativa moral puede ayudar a esclarecer problemas relacionados con el significado y la verificación de los enunciados éticos). Por último, conviene advertir que los más firmes escépticos, con pocas excepciones ²³, se limitan a poner en duda la posibilidad de demostración racional de principios valorativos últimos, sin negar que la racionalidad tenga un importante papel en otros planos del razonamiento moral: por ejemplo, al determinar la com-

²¹ Ver en esta dirección trabajos como los de Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford, 1971; Richards, D. J., *A Theory of Reasons for Action*, Oxford, 1971; Nozick, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, 1974; Baier, Kurt, *The Moral Point of View*, Nueva York, 1965; Warnok, G. J., *The Object of Morality*, Londres, 1971; Nagel, Th., *The Possibility of Altruism*, Oxford, 1970.

²² Ob. cit., p. 51.

²³ Una excepción es, por ejemplo, Ross, quien sostiene que la relación entre las premisas valorativas y las conclusiones no es lógica; ver ob. cit., p. 326.

patibilidad de distintos juicios morales que sostenemos; al esclarecer las consecuencias que se infieren del juego de distintos principios que suponemos válidos; al mostrar los alcances de la universalización inherente a todo juicio moral, etcétera. Aun cuando los principios valorativos que asumimos como últimos (¿y quién puede suponer *a priori* que son últimos y no encontraremos nuevos principios en su apoyo?) no sean justificables racionalmente, hay un extenso campo para argumentos racionales en materia moral. Aunque admitamos que nuestras intuiciones éticas básicas son indemostrables, la posibilidad de presentar un sistema coherente y comprensivo de principios valorativos que satisfaga las intuiciones que mucha gente comparte (o incluso las intuiciones de una sola persona) constituye un proyecto plausible y prometedor.

La doctrina jurídica, en cuanto teoría normativa, puede adoptar dos niveles distintos de discusión. En un primer nivel, en el que la doctrina jurídica constituye una especialización de la filosofía moral y política, conformando lo que se ha dado en llamar “filosofía del derecho normativa o práctica”²⁴, se trata de la justificación y crítica de instituciones jurídicas fundamentales y de las normas jurídicas positivas que regulan tales instituciones. Los temas que han sido más frecuentemente considerados desde esta perspectiva son la justificación de la pena, el reconocimiento jurídico de la moralidad social, el alcance de los derechos civiles fundamentales, la desobediencia civil, el tratamiento de las minorías, la justificación de leyes paternalistas, la legitimidad del aborto, etcétera. En un segundo nivel, en el que los juristas ocupados en la reconstrucción de un cierto derecho positivo situarían su tarea propia y específica, se asume la vigencia de las normas que constituyen el derecho positivo de un cierto país, sin someterlas a consi-

²⁴ Ver una interesante clasificación de las áreas de la filosofía del derecho en Raz, ob. cit., p. 10.

deración crítica, y se proponen alternativas de interpretación axiológicamente adecuadas, propendiéndose a eliminar las indeterminaciones de tales normas. En este caso se formulan directivas, no *de lege ferenda*, pero sí *de sententia ferenda*; o sea, se parte del hecho de que los jueces reconocen y aceptan las normas que constituyen el derecho positivo y se sugieren interpretaciones de ellas que satisfagan exigencias valorativas y reduzcan sus indeterminaciones. Es en relación a esta actividad teórica (y no a la mera descripción del sistema positivo) como puede tener algún sentido la idea de Kelsen, retomada por Raz²⁵, de que el pensamiento jurídico presupone, como hipótesis, la validez o justificabilidad de las normas vigentes (una típica proposición jurídica tendría esta forma: “en la hipótesis de que la norma *N* deba ser aplicada la interpretación que debería asignársele es *I*”).

Un problema complejo es el de determinar la relación entre esta actividad de reformular el derecho positivo que debe ser aplicado por los jueces y las elaboraciones filosóficas acerca de la justificabilidad de las normas de ese mismo derecho positivo. En principio, la vinculación entre ambos niveles de discusión parece clara, puesto que la selección de una cierta interpretación axiológicamente adecuada de una norma jurídica estará determinada por consideraciones acerca de la justificación de tal norma o de la institución que ella contribuye a regular. Sin embargo, esa relación puede asumir distintas modalidades según el modelo de reconstrucción del sistema positivo que se defienda.

Según un modelo defendido por Ronald Dworkin²⁶, la reconstrucción de un sistema jurídico positivo (que en rigor, él no la presenta como reconstrucción, sino que, asu-

²⁵ Raz, ob. cit., p. 170.

²⁶ Ver *Hard Cases*, en “Harvard Law Review”, vol. 88, nº 6, p. 1057, abril 1975.

miendo una concepción antipositivista, la concibe como una elucidación del contenido implícito en el derecho vigente) debe consistir en una “articulación consistente” del derecho positivo: los casos respecto de los cuales las normas positivas reconocidas son indeterminadas deben resolverse según principios que puedan justificarse a la luz de la teoría normativa axiológicamente más adecuada *que permita justificar también las normas institucionalmente reconocidas*. De este modo, una teoría jurídica de la cual se infieran *standards* para resolver los casos en que el derecho positivo es (sólo en principio, según la concepción de Dworkin) indeterminado, debe satisfacer dos exigencias: primero, que permita justificar las normas efectivamente reconocidas por las instituciones del sistema; y, segundo, que sea la teoría valorativamente preferible entre todas las que satisfacen el primer criterio. El primer requisito responde a aspiraciones ampliamente difundidas entre los juristas; no sólo la propuesta de una teoría para reconstruir el sistema que permita justificar las normas que los jueces reconocen tiene mayor probabilidad de ser aceptada por ellos (en comparación con la propuesta de una teoría que fuera incompatible con tales normas), sino que tal propuesta tiene además el atractivo de presentar el sistema jurídico reconstruido que deben aplicar los jueces, como un sistema ideológicamente consistente; esto también puede favorecer hasta cierto punto el ideal de certeza y predecibilidad.

Sin embargo, este modelo de reconstrucción del derecho positivo suscita dudas fundadas: si bien la obtención de consistencia ideológica en la justificación del sistema que se propone para que sea aplicado por los jueces resulta un proyecto atractivo, ello implica que en muchas ocasiones haya de recomendarse que el derecho positivo se reformule y complete según principios que no sean los más adecuados axiológicamente, a pesar de que el sistema po-

dría completarse, manteniendo su consistencia *lógica*, de acuerdo con principios que se consideran valorativamente preferibles a aquéllos. Supongamos que consideraciones de filosofía moral nos lleven a adoptar una teoría retribucionista de la cual se infiere el principio de que la responsabilidad penal siempre debe presuponer ciertos estados mentales por parte del autor de un delito; supongamos también que nuestro derecho positivo prevé claramente algunos casos de responsabilidad penal objetiva y otros casos respecto de los cuales el sistema es impreciso en cuanto a si deben requerirse o no actitudes subjetivas; en la reconstrucción del sistema para resolver estos últimos casos, el modelo de la “articulación consistente” no nos permitiría recurrir sin más a la teoría retribucionista que consideramos moralmente correcta (a pesar de que las soluciones que se infieren del principio de responsabilidad subjetiva para los casos no previstos no son *lógicamente* inconsistentes con las soluciones establecidas para los casos previstos), sino que nos obligaría a buscar otra teoría que nos permitiera justificar las normas que prevén responsabilidad objetiva (por ejemplo, si las normas que estipulan responsabilidad objetiva se refieren a delitos leves, tal vez podríamos pergeñar una teoría que justificara la pena según diferentes criterios de acuerdo con la mayor o menor entidad de ella: retribución para los delitos graves, prevención para los leves). Así, pues, este modelo de reconstrucción del sistema jurídico resulta indebidamente conservador, puesto que lleva a expandir el alcance de soluciones jurídicas establecidas que, a juicio del intérprete, son injustificadas. Por otra parte, es difícil imaginar cómo se puede estimar la mayor o menor adecuación axiológica de distintas teorías que difieren de la que se juzga moralmente correcta. Por último, si bien es cierto que la propuesta de una teoría que permita justificar las normas que los jueces reconocen tendría mayor probabilidad de ser

adoptada por ellos que otra que no tuviera ese efecto, no parece aceptable que en el discurso valorativo se prefiera una teoría a otra, no por razones axiológicas, sino por su probable aplicabilidad (es como si los científicos se inclinaran a considerar verdadera a aquella teoría que tuviera más probabilidad de difundirse entre la gente).

Claro está que se podría decir que los juristas teóricos deben contemplar la situación de los jueces en sus propuestas de reconstrucción del sistema positivo: las normas jurídicas positivas son tales, en buena medida, porque los jueces las reconocen en sus decisiones; como hemos visto, los jueces moralmente responsables deben reconocer sólo aquellas normas que consideran justificadas; de modo que los jueces serían inconsistentes si a fin de completar el sistema y resolver casos no previstos, aceptaran teorías normativas según las cuales las normas que consideran legítimas dejaran de serlo. Este argumento es correcto y demuestra que, en ciertos casos, las propuestas *de sententia ferenda* pueden tener implicaciones *de lege ferenda*. Pero aquí cabe la reflexión de que en la mayoría de los casos en que se plantea este problema (como sin duda ocurriría en el ejemplo de la responsabilidad objetiva que mencionábamos), el juez moralmente responsable que estuviera dispuesto a aceptar una teoría normativa que contradijera el contenido de una norma que él reconoce, podría seguir considerando, consistentemente, a ésta como válida si sostuviera que consideraciones sobre la necesidad de respetar las directivas de órganos legislativos legítimos, sobre la necesidad de contribuir a la previsibilidad y certeza de las decisiones judiciales, sobre la necesidad de tratar casos semejantes en forma semejante, etc., prevalecen en ese caso sobre la relativa inadecuación axiológica de la solución estipulada por la norma en cuestión (consideraciones que no son del mismo modo aplicables a la resolución de un caso no previsto). De este modo, el juez recurriría a una concepción norma-

tiva de alcances mucho más generales que incluiría consideraciones como las que acabamos de mencionar junto a principios substantivos acerca de la correcta solución de casos; en el ejemplo ofrecido, esa concepción podría justificar coherentemente, tanto el reconocimiento de las normas positivas que estipulan responsabilidad objetiva como la resolución de casos no previstos de acuerdo con el principio que requiere actitudes subjetivas.

Un modelo alternativo al de la “articulación consistente” concibe la actividad de reconstruir el derecho positivo en forma que ofrece cierta analogía con la formulación de estrategias de juegos. Así como una estrategia para jugar, por ejemplo, al ajedrez asume las reglas del juego y consiste en directivas para aprovecharse de los movimientos que tales reglas permiten para alcanzar el objetivo de ganar el juego, las propuestas de reformulación de un sistema jurídico asumirían las normas institucionalmente reconocidas y se aprovecharían de sus indeterminaciones para conseguir soluciones valorativamente adecuadas. Según este modelo, las normas que los jueces reconocen no son datos que es preciso incorporar a cualquier teoría normativa que se proponga para reconstruir al sistema, sino que simplemente constituyen el marco dentro del cual puede operar una tal teoría (aunque el marco puede ampliarse si la teoría es lo suficientemente convincente como para alterar el reconocimiento institucional de las normas que están en conflicto con ella, no prevaleciendo las consideraciones, que se han mencionado, en favor de su preservación). Si la teoría considerada axiológicamente adecuada permite justificar las normas institucionalmente reconocidas, esto será, naturalmente, bien venido, pero si no ocurre así, la teoría operará como propuesta *de lege ferenda* respecto de tales normas y como estrategia *de sententia ferenda* en el ámbito de los casos no resueltos por ellas.

Dworkin objeta este modelo, en favor del que él

defiende, diciendo que implica “legislar en los intersticios de la ley” (convirtiéndose los jueces que lo acepten en “legisladores suplentes”); de este modo el modelo se hace pasible de las objeciones tradicionales, de las que Dworkin supone que su propuesta está exenta, en contra de usurpar funciones propias de los órganos democráticamente elegidos y regular retroactivamente relaciones jurídicas. Sin embargo, si el modelo de Dworkin contiene elementos que permitirían obviar tales objeciones, no es porque determina que la reconstrucción judicial del orden jurídico consista en una “articulación consistente”, sino porque incorpora una distinción que podría ser compatible con el modelo de la reconstrucción como “estrategia”.

La distinción que Dworkin propone es entre argumentos acerca de principios y argumentos acerca de “políticas” (*policies*). Los principios establecen derechos y obligaciones; las “políticas” definen objetivos sociales colectivos a satisfacer (como la defensa nacional o el aumento del producto nacional). Tanto los derechos como los objetivos sociales colectivos pueden constituir fines políticos según una cierta teoría, o sea estados de cosas cuya probabilidad de concreción cuenta en favor de una cierta decisión. Pero los derechos que ciertos principios establecen se distinguen de los objetivos sociales colectivos que son perseguidos por cierta política por dos propiedades. Primero, los derechos son distributivos e individualizados (proveyendo recursos u oportunidades a *cada uno* de los individuos de la clase que goza del derecho en cuestión), mientras que los objetivos sociales colectivos son agregativos y no individualizados, admitiendo la posibilidad de hacer distintas asignaciones de ventajas y cargas entre los miembros de la sociedad según sea necesario para producir cierto beneficio neto para la sociedad *en conjunto*. En segundo lugar, los derechos (incluso cuando no son absolutos y pueden ceder ante otros derechos o ante un objetivo social urgente) im-

ponen un cierto límite o umbral en contra de medidas fundadas en objetivos sociales colectivos; si un supuesto derecho debe ceder, según la teoría política que lo define, frente a cualquier objetivo social ordinario (y no sólo excepcionalmente frente a uno especialmente urgente), no es, en realidad, un derecho. Dworkin sostiene que los jueces tienen que decidir los casos de indeterminación del orden jurídico según argumentos acerca de principios que disponen derechos y deberes y no en virtud de argumentos sobre *policies*, que definen objetivos colectivos. Según él, esto permite superar las objeciones tradicionales en contra de la legislación judicial: en primer lugar, porque la idea de que las decisiones de índole ideológica deben estar reservadas a órganos elegidos democráticamente se justifica fundamentalmente en relación a la formulación de políticas sobre objetivos colectivos y no a la formulación de principios, ya que tal justificación se basa en que los conflictos entre los intereses y las reclamaciones de los distintos grupos sociales que inciden en la determinación de objetivos colectivos, deben dirimirse a través de los canales de expresión y representación políticas. En segundo lugar, porque la condena en contra de regular retroactivamente los casos sometidos a los tribunales no es aplicable cuando las partes pueden justificar que tienen derechos y obligaciones que son previos a la decisión judicial (derechos y obligaciones que Dworkin, siguiendo un concepto normativo de derecho típico del iusnaturalismo, califica de “jurídicos” y que, si se adoptara, en cambio, un concepto descriptivo positivista, habría que concebir como de índole moral).

Esta distinción de Dworkin es sumamente sugestiva, aunque su formulación está afectada por graves imprecisiones que han motivado críticas severas²⁷. Obviamente se

²⁷ Ver, por ejemplo, Greenwalt, K., *Policy, Rights and Judicial Decisions*, en “Georgia Law Review”, vol. 11, nº 5; Nickel, J. W., *Dworkin on the*

trata de articular la idea vulgar intuitiva de que los jueces deben hacer “justicia” (que no es lo mismo que limitarse a aplicar la ley) y no “política”, o sea que, si bien pueden y tienen que decidir cuestiones axiológicas respecto de los derechos y deberes de la gente, no pueden decidir sobre otro tipo de cuestiones valorativas, como, por ejemplo, si debe favorecerse un curso de acción que implica dar preferencia a la agricultura sobre la industria, o al aumento del producto bruto interno sobre las necesidades de la defensa nacional. Si esta distinción demostrara ser fructífera y capaz de recibir una formulación más precisa y una justificación más sólida que la que propone Dworkin, podría incorporársela al modelo de la reconstrucción del derecho positivo como “estrategia”, ya que no está indisolublemente ligada al modelo alternativo de la “articulación consistente” que defiende Dworkin.

El trabajo que voy a desarrollar aquí es, en lo substancial, un ensayo en filosofía del derecho normativa acerca de las condiciones que deben cumplirse para asignar responsabilidad penal. Trataré de justificar una serie de principios normativos que, adecuadamente combinados, generan tales condiciones y ofrecen guías para resolver problemas como el de las actitudes mentales que deben requerirse, el tratamiento de la imprudencia y la negligencia, la fundamentación y caracterización de las causas de justificación, la punición de la tentativa, la graduación de la pena, etcétera. Tales principios surgirán de la discusión de tres temas que desde tiempo inmemorial han sido debatidos por la filosofía moral y jurídica: la justificación de la pena; la relación entre derecho y moral, y exigencias de racionalidad en la aplicación de normas jurídicas generales a casos particulares. Por supuesto que no pretendo ofrecer una

Nature and Consequences of Rights, en “Georgia Law Review”, vol. 11, nº 5, sept. 1977.

justificación última y definitiva de los principios que voy a proponer; me contentaré con satisfacer el objetivo más modesto y realista de mostrar tentativamente que tales principios responden a principios más generales y a ideales de índole individualista y liberal (en un cierto sentido de estas expresiones) que espero que algunos de mis lectores considerarán aceptables. Mis argumentos no resultarán concluyentes para quienes no compartan conmigo tales concepciones básicas; confío, sin embargo, que este ensayo pueda servir a estos últimos lectores para esclarecer su propia posición.

La teoría normativa de la responsabilidad penal que será delineada en este trabajo contendrá, naturalmente, criterios para evaluar las normas positivas de un cierto sistema jurídico, como el argentino; la teoría tendrá, por lo tanto, una dimensión *de lege ferenda* en cuanto ella sea usada para justificar o enjuiciar críticamente las disposiciones vigentes sobre responsabilidad penal. Pero creo que la mayor utilidad de la teoría que propondré (si alguna tiene) estará dada por su dimensión *de sententia ferenda*, o sea, por la posibilidad de que ella sea empleada como estrategia para reformular un cierto sistema jurídico-penal positivo, de modo que oriente a los órganos de aplicación en su búsqueda de las soluciones axiológicamente más adecuadas, en cuanto sean ellas compatibles con su reconocimiento de las normas del sistema. Salvo por algunos comentarios esporádicos acerca de la posibilidad de conciliar algunas disposiciones del derecho inglés o del argentino con las exigencias de la teoría que propongo, no he encarado la tarea ardua de mostrar cuáles de las posibles interpretaciones de las normas de un cierto sistema jurídico satisfacen mejor los principios que defiendo. Este es un proyecto apasionante y espero poder desarrollarlo en el futuro, con referencia al derecho argentino.

En cuanto elaboración de la cual se pueden extraer

directivas *de sententia ferenda*, la que aquí se expondrá contrasta con enfoques vigentes en distintos ámbitos, que cumplen la misma función. En los países de tradición continental europea, y principalmente en Alemania, se ha desarrollado la llamada “teoría general del delito”, que constituye el esfuerzo intelectual más sofisticado para establecer un sistema comprensivo y coherente de reglas y criterios para resolver problemas en la adjudicación de responsabilidad penal. Muchas de las distinciones que se han propuesto en el contexto de esta teoría son inmensamente fecundas y no pueden ser ignoradas en ningún estudio serio acerca de estos problemas. Sin embargo, esta teoría adolece de deficiencias metodológicas muy graves, que provienen de la falta de reconocimiento del carácter normativo de sus principios básicos y de la asunción de presupuestos conceptualistas —comunes, por otra parte, a toda la dogmática jurídica continental europea— según los cuales es posible determinar con certeza soluciones adecuadas para cualquier caso posible mediante el mero análisis y la combinación de conceptos, sin acudir a consideraciones valorativas. En los países del *common law* no se ha encarado la construcción de una teoría general de esta índole, y los tribunales (más que los juristas académicos) desarrollan elaboraciones parciales respecto de tópicos conectados con los casos sometidos a su examen. La ausencia de presupuestos conceptualistas de la índole de los que van implícitos en la teoría continental permite percibir con mucho mayor claridad la conexión entre diferentes soluciones para los problemas típicos de responsabilidad penal y posiciones axiológicas; las discusiones sobre tales problemas tienden, por tanto, a enfrentar más directa y explícitamente las cuestiones valorativas subyacentes a las diferentes soluciones. No obstante, muchas discusiones se resienten por falta de un aparato conceptual suficientemente preciso, y resulta insatisfactoria la tendencia predominante en este ámbito de

justificar las soluciones adoptadas sobre la base de “intuiciones” acerca de cuál es la forma más justa de resolver un área limitada de casos, sin intentar formular principios generales que permitan también justificar consistentemente decisiones adoptadas en otras áreas.

Como los aportes y defectos de ambos enfoques son casi opuestos y resultan aleccionadores para la tarea constructiva que me propongo encarar, el trabajo va precedido por una primera parte en que describo sucintamente, contraste entre sí y someto a crítica estas dos alternativas de reconstrucción de un sistema jurídico-penal, que denominaré, respectivamente, “el enfoque conceptualista” y “el enfoque intuicionista”. Para referirme al enfoque predominante en el *common law* he elegido las elaboraciones formuladas respecto del derecho inglés, aunque hago algunas menciones ocasionales a desarrollos producidos en Estados Unidos. En relación al derecho inglés, el hecho de que las propuestas de reconstrucción del derecho positivo sean elaboradas principalmente por los jueces y no por juristas académicos y de que aquéllos tengan la facultad de incorporar nuevas normas al sistema por vía de precedentes, hace difícil distinguir tales propuestas del contenido del sistema positivo. A los efectos de la comparación con la teoría continental europea y de la que voy a delinear, adoptaré la hipótesis de trabajo radical de considerar toda elaboración judicial no determinada por normas legislativas o precedentes como una estrategia para la reformulación del derecho positivo, sin perjuicio de que luego haya dado lugar, según el sistema de precedentes, a reglas obligatorias cuya justificación difiere de la que es apropiada para una mera propuesta de interpretación (ya que deben tenerse en cuenta consideraciones respecto de la preservación de los precedentes como fuente de derecho).

Quiero concluir esta Introducción con un comentario informal acerca de las aspiraciones que el trabajo construc-

tivo desarrollado en la segunda parte de este ensayo procura satisfacer. En el fondo de casi todas las discusiones sobre la fundamentación filosófica del derecho penal se oculta un enfrentamiento entre, por un lado, una concepción general que mucha gente considera intrínseca a un enfoque liberal y racional de la responsabilidad penal, y por otro lado, una serie de convicciones intuitivas, compartidas por la mayoría de nosotros, acerca de cuáles son las condiciones y distinciones que un sistema de responsabilidad penal justo debe tomar en cuenta. Estas convicciones incluyen la idea de que un inocente nunca debe ser penado; que tampoco debe serlo quien no pudo actuar de otra manera; que algunas actitudes subjetivas deben ser requisito de responsabilidad penal; que un acto intencional debe ser más severamente castigado que el correspondiente acto de negligencia; que la tentativa merece menor castigo que el delito consumado; que un delito con resultado más dañoso debe pensarse más severamente que un delito cuyas consecuencias son relativamente triviales, etcétera. Estas intuiciones no parecen estar justificadas por la concepción general que concibe al derecho penal como un instrumento para minimizar daños sociales y postula que sus operaciones deben mantener cierta neutralidad respecto de juicios morales acerca de la reprochabilidad de los autores de actos antijurídicos. En cambio, tales convicciones intuitivas parecen corresponder a una concepción retribucionista y “moralizadora” del derecho penal. Frente a este dilema, algunos pensadores se mantienen fieles a sus intuiciones, rehusando aceptar una concepción general que a pesar de su atractivo inicial, parece acercarnos a un *brave new world*. Otros siguen defendiendo una concepción que consideran esencial para un enfoque liberal y racional del derecho penal, rechazando nuestras intuiciones como resabios de hábitos de pensamiento obscurantista. Otros pensadores tratan de alcanzar todavía algún compromiso entre

aquella concepción general y nuestras convicciones intuitivas, limitando y calificando las consecuencias del enfoque instrumentalista del derecho penal según *fiats* que sus oponentes consideran postulaciones infundadas que son propuestas *ad hoc* para dar satisfacción a algunas de nuestras intuiciones más firmes. Como es previsible, este trabajo contendrá, en su segunda parte, otro intento de escapar a estas alternativas. Trataré de mostrar que una justificación teleológica del derecho penal, basada en la protección de la sociedad, debe completarse con principios que no son de índole retribucionista (preservando cierta neutralidad del derecho penal respecto de algunas dimensiones de la moral) y que, lejos de ser *ad hoc*, responden a ideas ampliamente aceptadas en áreas ajenas a la de la responsabilidad penal. El esquema resultante satisfará muchas, aunque, por cierto, no la totalidad de nuestras convicciones espontáneas acerca de cuáles son los requisitos y condiciones que un sistema penal justo debe tomar en cuenta. El procedimiento seguido podría describirse según las líneas de lo que Rawls²⁸ llama técnica del “equilibrio reflexivo”, que consiste en contrastar ciertos principios y teorías *prima facie* sólidos con intuiciones acerca de las soluciones justas para determinados problemas, revisando sucesivamente los principios que no dan cuenta de nuestras intuiciones más firmes y abandonando las intuiciones que no puedan justificarse en principios plausibles, hasta llegar a un equilibrio entre principios generales y convicciones particulares. La justificación de convicciones corrientes mediante principios diferentes de los ordinariamente esgrimidos en su defensa, produce una cierta impresión de artificialidad que se notará en muchos de mis argumentos. Como éste es un rasgo más bien saludable de todo intento de revisar ideas que percibimos como “naturales”, ruego al lector que suspenda

²⁸ Ob. cit., p. 48.

su juicio sobre este aspecto del trabajo; pero no puedo pedir la misma lenidad para con las incoherencias e imprecisiones que casi seguramente se habrán deslizado en mi argumentación.

PARTE PRIMERA

LOS ENFOQUES VIGENTES

CAPÍTULO PRIMERO

EL ENFOQUE CONCEPTUALISTA

La teoría del delito continental europea

A. LA FORMULACIÓN CLÁSICA

No es fácil trazar el origen de esta teoría dogmática, no sólo por falta de estudios históricos externos ¹, sino también porque surgió gradualmente de la obra de muchos juristas, que fueron incorporando sus suposiciones básicas y metodología, en muchos casos sin un reconocimiento explícito.

La teoría continental del delito originariamente fue, y aún es, preponderantemente, un producto alemán que ad-

¹ El problema de los estudios históricos presentados por juristas, que adoptan ellos mismos los postulados y la metodología de la teoría del delito, es que no la reconocen como una teoría coexistente con otros enfoques de la responsabilidad penal y que simplemente se da que es aceptada en algunos países y en cierto tiempo. Más bien la toman como el único estudio científico válido del derecho penal, que se elaboró progresivamente partiendo de enfoques "precientíficos", a través del gradual descubrimiento de ciertas "verdades" básicas. Aun así, se pueden encontrar muchas indicaciones reveladoras de la génesis de la teoría en algunas obras de autores comprometidos. El más desarrollado y detallado de ellos es el *Tratado de derecho penal*, en 8 volúmenes, de Luis Jiménez de Asúa (Bs. As., 1950; 2ª ed., 1956). También contienen valiosa información sobre la evolución de la teoría continental del delito los ensayos, mucho más breves, pero notablemente claros, de Córdoba Roda, J., *Una nueva concepción del delito*, Barcelona, 1963, y de Gallas, W., *La teoría del delito en su momento actual* (tr. del mismo Córdoba Roda), Barcelona, 1959.

quirió impulso con la sanción del Código Penal de 1871. Su punto inicial puede encontrarse en la preocupación de los juristas por distinguir las diferentes condiciones generales de la responsabilidad criminal, dando a la enumeración de estas condiciones el *status* de una definición de "delito".

Naturalmente que la preocupación no carecía de antecedentes. Por ejemplo, antes que los más importantes juristas alemanes construyeran su sistema, ya Carrara, inspirado por teorías del derecho natural, ofreció un programa entero del derecho penal en su obra inmensa y fascinante² destinada a establecer las condiciones que debe satisfacer la imputación de responsabilidad penal con el fin de fijar los "límites perpetuos de lo ilícito". Pero los precursores alemanes de la teoría del delito, en parte por su enfoque diferente del de las teorías clásicas del derecho natural y, en parte, por cierto desdén hacia las ideas extranjeras, fueron poco influidos por estos antecedentes. Diez años después de la sanción del Código Penal alemán apareció el *Lehrbuch* de Franz von Liszt³. Esta obra contenía ya una distinción importante (basada en ciertas ideas de Ihering⁴) que forma parte de la actual teoría del delito: la que existe entre los conceptos de antijuridicidad y de culpabilidad, cuyo significado veremos más adelante.

La formulación clásica de la teoría del delito no se logra hasta 1906, cuando Ernst von Beling publica su *Lehre vom Verbrechen*⁵, proponiendo la adición de un

² *Programma del Corso di diritto criminale*, Lucca, 1869; 21 ed., 1919 (*Programa de derecho criminal*, tr. J. J. Ortega Torres, Bogotá, 1972).

³ Liszt, F. von, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26ª ed., Berlín-Leipzig, 1932.

⁴ En *Das Schuldmoment in römischen Privatrecht*, en "Festschrift Giessen", Rotterdam, 1867.

⁵ Beling, Ernst von, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906. Beling publica después una versión modificada de la obra bajo el título *Die Lehre von Tatbestand*, Tübingen, 1930. Mis referencias sobre la teoría de Beling son tomadas, salvo mención especial, de la versión española de la última obra, de S. Soler, *La doctrina del delito-tipo*, Bs. As., 1944.

tercer concepto básico a los de antijuridicidad y culpabilidad, que llamó “tipo” (*Tatbestand*). Esto fue visto como un descubrimiento revolucionario por muchos juristas, que adoptaron con entusiasmo la teoría de Beling.

Aunque la formulación clásica de la teoría del delito no fue solamente obra de Beling, su trabajo ejerció tal influencia y aparenta tener tal consistencia, que se justifica mi preferencia por él como paradigma de esta versión de la teoría del delito.

Beling definió “delito” como una acción adecuada a un tipo, antijurídica y culpable, y sujeta a sanción penal⁶.

Con ligeras variantes de forma, pero con considerable diferencia de significado, casi todos los juristas posteriores han aceptado esta definición del delito que requiere cuatro condiciones para la aplicación de una penalidad: *a*) la existencia de una acción; *b*) su tipicidad; *c*) su antijuridicidad, y *d*) la culpabilidad del agente.

Beling y, en general, los posteriores contribuyentes a la teoría del delito, establecieron una relación lexicográfica entre estas condiciones necesarias de la pena de modo que cada nueva condición presupone la satisfacción de la anterior, en el orden señalado; esto se denomina la “concepción estratificada del delito”.

Seguidamente haré un resumen muy sucinto de la caracterización clásica de cada uno de estos elementos.

a) Acción

El requisito de la acción fue diseñado para excluir del marco de la responsabilidad criminal las siguientes situaciones: 1) meras condiciones o estados de los hombres; 2) actitudes subjetivas sin actividad física; 3) movimien-

⁶ Esta fue la definición original de Beling; en *La doctrina del delito-tipo*, obra citada en nota anterior, el autor modifica esa definición (ver p. 27 y ss.).

tos del cuerpo u omisiones en estado de inconsciencia, o que resulten de la intervención de terceros; automatismos, actos reflejos, etc.; 4) actividades de animales, personas jurídicas, etcétera.

Beling define la acción como el comportamiento corporal (aspecto externo) realizado voluntariamente (aspecto interno) por un agente humano; puede consistir tanto en hacer como en omitir algo.

Los elementos de la acción positiva son, por consiguiente, un acto interno de volición y un movimiento del cuerpo. Esto basta para las acciones de "pura actividad", pero hay otras acciones, llamadas "de resultado", que requieren también alguna consecuencia causal externa.

En cuanto a la omisión, el esquema es similar (salvo por el reemplazo del requisito del movimiento del cuerpo por el de su ausencia). Las omisiones se dividen también en dos subclases: "omisiones propias", que no requieren un resultado causal, y de "comisión por omisión" u "omisiones impropias", que lo requieren.

Un aspecto digno de destacar es la caracterización de voluntariedad. En la versión clásica de la teoría del delito las actitudes subjetivas del agente (por ejemplo, sus intenciones y creencias) no son relevantes para determinar si existió o no una acción. Ellas son, en cambio, decisivas para la culpabilidad del agente; pero la existencia de una acción depende solamente de que los movimientos del cuerpo, o la ausencia de ellos, sean producto de "un acto de voluntad", cualquiera que fuere su contenido. Las versiones más recientes de la teoría critican esta concepción.

b) Tipicidad

Como dijimos, Beling introdujo las nociones de tipo (*Tatbestand*, en alemán) y tipicidad (para la cualidad de

una acción que se adecua a un tipo) como instrumentos conceptuales básicos de la teoría del delito.

En realidad Beling fue bastante poco claro acerca del significado de “tipo”, obscuridad que se proyectó sobre muchas de las subsecuentes elaboraciones de la teoría del delito. Sin embargo, mucho puede aclararse si se distinguen, como hacen los autores más modernos, dos nociones de tipo que se superponen y confunden en la obra de Beling: los ahora llamados “tipo de garantía” y “tipo sistemático”.

Reconstruyendo muchos oscuros desarrollos que se han producido sobre este tema, diré que Beling y otros autores usan el término “tipo”, en el sentido de “tipo de garantía”, para referirse a toda precisa descripción de un delito contenida en una ley no retroactiva. En este sentido la expresión “tipo” denota descripciones de delitos que satisfacen los requisitos de ser relativamente precisas y de estar contenidas en normas no retroactivas emanadas del poder legislativo; consecuentemente, una acción es “típica” cuando puede subsumirse estrictamente en dicha descripción. El requisito de que una acción debe ser típica no es más que la reformulación del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, interpretado de tal manera, que se sigan de él los siguientes tres subprincipios (según la fórmula de Feuerbach⁷): *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia; nullum crimen, nulla poena sine lege scripta; nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*.

En cuanto la noción de tipicidad de Beling se relaciona con el concepto de “tipo de garantía”, este autor tiene el mérito de haber promovido los mencionados principios a la condición de reglas absolutas para la legislación y el juzgamiento penal, que han sido aceptadas sin

⁷ Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1847.

discusión por casi todos los otros juristas continentales (con la importante excepción, entre algunas otras, de los apolo-gistas de la legislación nazi, que propugnaron la interpre-tación analógica de la ley penal).

Beling vincula estos principios con las ideas del mo-vimiento liberal del siglo XVIII, que había llamado la aten-ción sobre la inaceptable incertidumbre que implicaban las prácticas de juzgamiento criminal de su tiempo: per-mitían que se castigara cualquier acto injusto cometido culpablemente, y la legislación penal era solamente una guía general ejemplificadora de casos importantes de actos que debían considerarse criminales. Para Beling, en cam-bio, los códigos penales son exhaustivos “catálogos de ti-pos”; las acciones que queden fuera del “catálogo” no son punibles.

Si esto fuera todo lo que hay en el concepto de tipo de Beling, sin perjuicio de su importancia ideológica en un tiempo en que el principio de legalidad no estaba tan firmemente establecido como en el presente, no se justi-ficarían las controversias ulteriores acerca de la interpreta-ción del concepto, ni la opinión común de que, con su introducción, se inaugura una explicación sistemática del derecho penal.

Pero la obra de Beling contiene, aunque de una ma-nera bastante confusa, otra noción de tipo que, por su re-levancia para la caracterización de otros elementos del delito, se ha denominado “tipo sistemático”.

Como ya vimos, la noción de “tipo de garantía” deno-taba cualquier descripción de un delito que satisficiera el principio de legalidad. La segunda noción de tipo no denota la entera descripción del delito, sino ciertos aspec-tos de ella; o podríamos decir, intentando clarificar cierta ambigüedad de Beling, que denota algunos rasgos particu-lares de la situación descrita por la ley penal. Así, no se pone aquí el énfasis en las condiciones que debe satisfa-

cer una descripción del delito, sino en circunscribir algunas de las circunstancias que constituyen la situación descrita por la ley. Un tipo, en esta segunda acepción, es solamente el conjunto de algunos aspectos cruciales de la situación descrita por la ley como necesaria para que se aplique el castigo⁸.

Esto coincide con la etimología de la palabra alemana *Tatbestand* (“aquello en lo que el hecho consiste”) usada en el art. 59 del anterior Código Penal alemán. Con una terminología platónica, se podría decir que el tipo es la “esencia” o “núcleo” del delito. El artículo mencionado disponía: “Si alguien al cometer una acción punible no conocía la existencia de circunstancias de hecho pertenecientes al *Tatbestand* legal o que agravan la penalidad, no le serán imputables estas circunstancias. En el caso de acciones cometidas culposamente esta disposición sólo se aplicará si la ignorancia de las circunstancias del *Tatbestand* legal no se debe a culpa”.

Como es fácil advertir, esta norma requiere dolo o culpa para la responsabilidad criminal. Pero lo importante es que la culpabilidad requerida es restringida: dadas todas las circunstancias enumeradas por la ley, el autor no necesita haber conocido a todas ellas o haber sido negligente a su respecto. Sólo se requiere que haya conocido

⁸ Esto es, por supuesto, una reconstrucción del pensamiento de Beling. Para este autor, el tipo (en este sentido) no se identificaba ni con los aspectos centrales de la descripción legal ni con la situación de hecho a que tales aspectos de la descripción hacen referencia, sino con las *ideas* o *conceptos* de, por ejemplo, matar a otro, apropiarse de una cosa ajena. Esto le permite decir que la figura delictiva de “asesinato” describe la acción que ejecuta la idea (o sea el tipo) de “matar a un hombre” (*Esquema de derecho penal*, tr. S. Soler, Bs. As., 1944, p. 51). Esta concepción del tipo es difícilmente sostenible; un concepto o idea no es algo que pueda servir de “esquema rector” común tanto para la faz objetiva, como para la subjetiva, como dice Beling. Una acción no ejecuta cierto concepto, sino que cierto concepto se emplea en la descripción de una acción; uno no quiere el concepto de matar a un hombre, sino cometer la acción que se describe empleando ese concepto.

(o haya sido negligente respecto de) las circunstancias que son partes integrantes del *Tatbestand* o tipo.

La segunda noción de tipo de Beling tiende a incorporar esta distinción del Código Penal alemán en los postulados de la teoría del delito. La calidad "sistemática" del concepto deriva del hecho de que él controla el alcance de otro elemento de la definición del delito: la culpabilidad.

Beling hizo dos exclusiones muy discutidas del tipo de un delito: 1º) las propiedades normativas o valorativas de las acciones, aun cuando sean referidas por la descripción legal del delito, ya que Beling consideró el tipo como puramente fáctico ("descriptivo", en sus palabras); 2º) las actitudes subjetivas del agente, aun cuando se las mencionara en la descripción legal. Era razonable para él excluir los estados mentales del tipo teniendo en cuenta que había caracterizado a éste (según el Código Penal alemán) como el conjunto de circunstancias que el agente debe conocer o respecto de las cuales debe ser negligente. Así, el tipo es también puramente "objetivo" (este rasgo sugiere una cierta analogía con la noción inglesa de *actus reus*, analogía que expondremos en el capítulo siguiente).

Dada la relevancia del tipo para circunscribir el alcance de la culpabilidad requerida, habría sido de esperar que Beling hubiera clarificado la distinción entre el tipo de un delito y las circunstancias periféricas también descritas por la ley como condición de punibilidad. Pero todo criterio operativo a tal efecto está ausente de la obra de Beling. Sólo sugiere una guía práctica cuando dice que el tipo comprende la acción, su resultado y ciertas circunstancias colaterales, ilustrándolo con algunos casos de circunstancias que no pertenecen al tipo (como la muerte de la víctima en el homicidio preterintencional, lo que es análogo a una modalidad de *constructive murder* en la ley inglesa).

Más aún, Beling incurre en un círculo vicioso cuando define primeramente el tipo como el conjunto de circunstancias que deben ser abarcadas por el dolo del agente, y después define el alcance del dolo como aquellas circunstancias que forman parte del tipo. Él mismo fue consciente de este círculo vicioso cuando formuló las siguientes preguntas y respuestas: “Pregunta: ¿Por qué no pertenece la muerte de la víctima al *Tatbestand* en el art. 226 [homicidio preterintencional]? Respuesta: Porque la culpabilidad no necesita extenderse a ella. Pregunta: ¿Por qué no alcanza la culpabilidad a la muerte de la víctima? Respuesta: Porque la muerte de la víctima no pertenece al *Tatbestand*”⁹. Su único remedio para la perplejidad que suscita esta circularidad consiste en recomendar una cuidadosa interpretación de las normas penales.

Finalmente, es necesario advertir que lo que puede rescatarse de esta segunda noción de tipo (y creo que una vez adecuadamente caracterizada puede ser un elemento útil para una teoría del derecho penal) no conduce a pensar que designe una condición necesaria de la pena. Esto es valedero en el caso del primer concepto de tipo (“tipo de garantía”), pero el segundo concepto de tipo sólo cumple la función de fijar los límites de una de las otras condiciones de la sanción, o sea la culpabilidad. En conexión con este segundo significado de “tipo”, carece de sentido decir que una acción debe ser típica para ser punible, toda vez que esta noción no está relacionada con posibles propiedades de acciones relevantes para su punibilidad. Así, cuando se hace mención de un requisito de la responsabilidad penal, el adjetivo “típico” y el sustantivo abstracto “tipicidad” deben interpretarse de acuerdo con el primer sentido de “tipo” (es decir, que designan la propiedad de una acción de caer bajo una relativamente pre-

⁹ Ob. cit., p. 11.

cisa descripción de un delito contenido en una ley no retroactiva).

c) *Antijuridicidad*

Este concepto es el menos desarrollado por los autores de la teoría del delito (pese a que se ha escrito un considerable número de tratados acerca de él).

Como ya dije, este elemento de la definición del delito ya había sido propuesto, entre otros, por von Liszt antes que por Beling, inspirado en ciertas ideas que había formulado Ihering. En términos amplios, el concepto de antijuridicidad parece estar asociado con la ilegitimidad moral y dañosidad social de un acto. Por ejemplo, cuando Beling dice¹⁰ que, antes de reconocer la tipicidad, todo acto anti-jurídico podía ser punible, se puede interpretar que implica que la mera inmoralidad de la conducta bastaba para incurrir en sanción penal, sin que la conducta estuviera específicamente prohibida por la ley.

Pero aun esta temprana noción de antijuridicidad ha sido interpretada en forma tal que no se la puede establecer sobre la base exclusiva de consideraciones puramente morales.

El mismo von Liszt considera que una acción es anti-jurídica cuando afecta a lo que llama "bienes jurídicamente protegidos", como la vida, la salud, la propiedad, etcétera. Así, era necesario para él que la acción, más que meramente mala desde el punto de vista moral, lesionara derechos o intereses que estuvieran en alguna forma protegidos por la ley.

Sin embargo, si bien esta idea subsiste aún en el pensamiento jurídico, la caracterización de antijuridicidad generalmente adoptada presupone una distinción conceptual que había sido sugerida por Binding, y que fue recogida

¹⁰ *Esquema*, cit., p. 37.

por Beling. Binding formuló la llamada “teoría de las normas”¹¹, que sostiene que en todo sistema jurídico se pueden distinguir dos clases de reglas relativas al delito: las disposiciones legales que prescriben una penalidad para una conducta y lo que denomina “normas” que prohíben la conducta en cuestión, pero que no están por lo común legisladas explícitamente. La conducta punible no viola la prohibición penal; por el contrario, satisface una de las condiciones de su aplicación; lo que viola tal conducta es la norma no escrita subyacente a la disposición penal, y es la violación de tal norma lo que convierte a la conducta en antijurídica. Las normas pueden ser prohibitivas o de obligación, según que la ley penal se refiera a una acción positiva o a una omisión. Hay normas que prohíben acciones que causan ciertas lesiones; otras prohíben acciones que generan simplemente, en el caso particular, un considerable peligro de lesión; finalmente hay normas que prohíben actividades genéricamente peligrosas, sin requerir que lo sean en el caso particular. Binding conecta su teoría de las normas con la concepción de antijuridicidad como una lesión a los *bona vitae* que están jurídicamente protegidos, manteniendo que el objeto de las normas es preservar esos bienes. Para este autor el origen de las normas no debe buscarse en el derecho natural sino en una cierta “voluntad legal” (definida en términos sumamente abstractos y vagos).

Beling adoptó los lineamientos fundamentales de esta teoría combinando la noción de antijuridicidad, así definida, con su concepto de tipicidad: el hecho de que una acción caiga bajo la descripción del antecedente de un precepto penal la hace típica, mientras que el hecho de que viole la norma prohibitiva lógicamente presupuesta por ese precepto, la hace antijurídica. Ambas condiciones

¹¹ Binding, *Die Normen und ihre Ubertretung*, Leipzig, vol. I, p. 196.

son requeridas para la responsabilidad criminal y no tienen por qué superponerse. Una acción puede ser antijurídica sin ser típica, como en el caso, por ejemplo, de un delito civil, y viceversa, como en el caso de un homicidio cometido en legítima defensa. Sin embargo, la tipicidad de una acción implica la presunción de antijuridicidad, que solamente se descarta con una justificación específica.

Beling adopta un enfoque más claramente positivista que el de Binding en relación con el origen de las normas que sustentan la antijuridicidad de la conducta criminal. Ellas están contenidas en el derecho positivo y deben inferirse del conjunto del sistema jurídico y no solamente de la ley penal; el derecho administrativo, el derecho civil, el derecho procesal, todos ellos pueden ser relevantes para establecer los límites de la prohibición legal. Beling también sugiere que existe una ley positiva no escrita, que contiene principios generales reconocidos por el legislador y de la cual puede inferirse la antijuridicidad de ciertos comportamientos.

A pesar de estas explicaciones de Binding y Beling, los juristas sostienen habitualmente que una acción típica no es antijurídica (sino que está justificada) sólo cuando le alcanza alguna justificación reconocida. En la práctica no investigan si algunas de las "normas" de Binding ha sido violada o si algún "bien jurídicamente protegido" ha sido lesionado. En muy pocos casos se recurre a esta concepción general acerca del requisito de antijuridicidad para hacer lugar a otras justificaciones que las admitidas por el sistema jurídico¹². En la mayor parte de los casos

¹² Ver una aguda y fervorosa defensa de este punto de vista, prevaleciente en la dogmática y en contra de la doctrina de la llamada "justificación supralegal", sobre la base de consideraciones positivistas, en Soler, S., *Derecho penal argentino*, Bs. As., 1951, t. I, p. 348 y ss. Como se advertirá en el capítulo IV, no comparto esta posición, aunque me adhiero a la tesis central del positivismo de que el derecho vigente en una sociedad debe identificarse sobre la base de propiedades fácticas y no valorativas.

esta concepción general sólo ha servido para distinguir, entre las defensas previstas por los códigos, aquellas que hacen la conducta jurídicamente correcta (justificaciones) de las que no tienen ese efecto (principalmente excusas). Los juristas consideran que las justificaciones tienen efectos diferentes de las otras defensas. Un acto típico, pero justificado, no sólo no merece castigo; a diferencia del acto meramente excusable no puede dar origen a compensación civil, ni puede ser base para castigar a los partícipes.

Un rasgo del concepto clásico de antijuridicidad que vale la pena destacar es que supone un criterio meramente objetivo (algo muy atacado por teóricos más modernos). En otras palabras, las creencias o intenciones del agente son irrelevantes para determinar si actuó jurídica o antijurídicamente. Ello significa que alguien puede haber actuado legalmente en defensa propia aunque no supiera que estaba siendo atacado, y, viceversa, aun si el agente creyera equivocadamente que las circunstancias justificaban su acción, su conducta será antijurídica, aunque pueda eludir la punición con una defensa de falta de culpabilidad si su error fue razonable.

Como veremos más adelante, pienso que una noción análoga a la de antijuridicidad debe ser incorporada como parte esencial de una teoría del delito. Sin embargo, creo que la definición y justificación de esta condición de responsabilidad criminal por parte de la actual dogmática penal es inaceptablemente oscura y débil, con el resultado de que, en la práctica, no se la toma suficientemente en serio y sirve apenas como una etiqueta, o poco más, para un grupo de defensas ya previstas en los códigos penales. Además, con el posterior desarrollo de la teoría del delito, esta noción queda en buena medida desvirtuada, como luego veremos, aunque se hayan superado, asimismo, algunas deficiencias de la versión clásica.

d) *Culpabilidad*

Hemos visto que las creencias e intenciones del agente son irrelevantes, en la versión clásica de la teoría del delito, para determinar si el agente cometió o no una acción antijurídica; también se las excluye de las circunstancias que son parte del tipo sobre la base de que estas circunstancias son precisamente el objeto de las actitudes mentales requeridas.

En cambio, las actitudes subjetivas deben ser examinadas para determinar si el agente fue o no culpable. El requisito de culpabilidad, frecuentemente formulado como *nullum crimen, nulla poena sine culpa*, constituye la cuarta condición de responsabilidad criminal que exige la teoría del delito. Beling la expone en dos partes: “imputabilidad” y “modalidades de la culpabilidad”.

Un hombre es “imputable” cuando tiene la capacidad general de dirigir la acción con conocimiento de su posible carácter antijurídico. Debe distinguírsela de la mera capacidad para actuar, o voluntariedad; un individuo que hace un movimiento automático de su cuerpo no es “inimputable”: ni siquiera actuó.

Las situaciones en que la imputabilidad del agente queda excluida son las de anormalidad o perturbación mental e inmadurez, cuyos alcances son, naturalmente, sumamente controvertidos. Una vez que se establece la imputabilidad del autor de la acción típicamente antijurídica, la próxima pregunta es si puede atribuírsele una de las “modalidades” establecidas de culpabilidad.

Las dos formas de culpabilidad que Beling reconoce son *dolo* y *culpa*. Tanto él como todos los demás exponentes de la teoría del delito, defienden la regla de que en ausencia de una disposición legal expresa en contrario, el dolo es el estado mental requerido.

Beling define el dolo como: a) el conocimiento de las

circunstancias fácticas que corresponden al tipo, y de la antijuridicidad de la acción, y *b*) el deseo, o la tolerancia al menos, de las consecuencias de la acción.

Tanto él como muchos de los juristas posteriores distinguen entre varias clases de dolo, según veremos en el capítulo siguiente.

El dolo queda excluido si falta alguno de los elementos ya mencionados. Un error fáctico o legal elimina el dolo, lo cual significa que el agente no será culpable salvo si el error fuera negligente y la culpa bastare para el delito. El dolo queda también excluido cuando hay alguna circunstancia, como amenazas, que sin afectar la capacidad de actuar cercene su aspecto volitivo.

“Culpa” es el mínimo grado de culpabilidad requerido. Para Beling hay culpa tanto cuando el actor prevé como posible un resultado no querido de su acción pero descuida esa posibilidad, creyendo que le será posible impedir tal resultado (culpa consciente o imprudencia), como cuando el agente no prevé el resultado, pero puede y debería preverlo (culpa inconsciente o negligencia).

Los códigos penales continentales se refieren generalmente a ambas variantes de culpa en la misma disposición, que por lo común dispone una penalidad mucho menor que la correspondiente a la misma acción cometida con dolo. (En la mayoría de los casos este requisito del dolo debe ser inferido por el intérprete según el principio ya mencionado.)

La ausencia de culpabilidad tiene consecuencias más limitadas que la ausencia de antijuridicidad. Una acción no culpable pero antijurídica y típica puede estar sujeta a compensación civil y admite la participación punible de quienes tienen la culpabilidad que falta al autor principal.

Para resumir la versión clásica de la teoría del delito a que me he referido diré que la responsabilidad cri-

minal requiere: *a*) movimientos físicos voluntarios o ausencia de ellos —acción; *b*) que la acción pueda ser estrictamente subsumida por una descripción relativamente precisa contenida en una ley no retroactiva —tipicidad; *c*) que la acción no resulte justificada —antijuridicidad; *d*) que el agente sea en general capaz tanto de dirigir sus acciones como de comprender la antijuridicidad del acto y, en el caso concreto, haya ejercido esa capacidad: ya actuando con pleno conocimiento de todos los ingredientes del tipo y de la antijuridicidad del acto e intentando o siendo indiferente a sus consecuencias; o, alternativamente, haya actuado previendo el resultado, pero creyendo que podía evitarlo, o no previéndolo cuando podía y debía hacerlo —culpabilidad.

Las últimas elaboraciones de la teoría del delito mantienen estos requisitos aunque los autores modernos modifican el significado y alcance de cada uno de ellos. El resultado es que se ha producido un importante cambio en el carácter global de la teoría en virtud de una serie de progresivos ajustes.

B. REFORMULACIONES POSTERIORES DE LA TEORÍA DEL DELITO

La versión clásica tiene una cierta simplicidad y un orden interno relativamente claro y hasta armonioso, a pesar de alguna obscuridad e imprecisión. Con el tiempo, aunque la teoría del delito resultó mejorada en unos pocos aspectos en los que la teoría de Beling era deficiente, quedó privada de muchas de sus ventajas, se hizo cada vez más complicada, a veces más imprecisa, y frecuentemente se la presentó en una sorprendente forma dogmática.

Aunque me refiero a posteriores reformulaciones de la teoría, debo aclarar que muchas de las que mencionaré son

casi contemporáneas de la versión de Beling, pero no fueron aceptadas por la mayor parte de los juristas y de los tribunales hasta mucho después que la de Beling y, además, sus autores reconocieron la formulación de Beling como base para posteriores elaboraciones.

El edificio teórico de Beling fue gradualmente demolido y reconstruido. Sintetizando: el primer cambio importante ocurrió con el concepto de culpabilidad; fue seguido por modificaciones en la noción de tipo; después, por otras en la de acción y, finalmente, en la de antijuridicidad. Naturalmente, lo antedicho es una supersimplificación; la reformulación de la teoría no siguió necesariamente este curso temporal, ni todos los juristas aceptaron las mismas innovaciones al mismo tiempo. Pero la síntesis representa la evolución del grueso de la teoría penal e ilustra cómo cada modificación condujo a otras.

a) La teoría normativa de la culpabilidad

Muy tempranamente el concepto de culpabilidad de Beling fue cuestionado por juristas como Reinhard Frank y James Goldschmidt¹³. Estos autores estaban insatisfechos con la noción clásica de la culpabilidad, según la cual ésta correspondía a ciertos estados mentales. No negaban que dolo o culpa fueran requisitos de punibilidad, pero objetaron la idea de que la investigación acerca de la culpabilidad del agente se agotara una vez verificada la presencia de ciertos hechos psicológicos. Como prueba de que semejante concepción es errónea, estos juristas señalaron el hecho de que la culpa inconsciente (que no supone ninguna actitud subjetiva) es suficiente para la responsabilidad criminal, así como el hecho de que, a la inversa, se

¹³ Frank, R., *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen, 1907 (*Estructura del concepto de culpabilidad*, tr. S. Soler, Santiago, 1966); Goldschmidt, J., *Der Notstand, ein Schuldproblem*, Viena, 1913 (*La concepción normativa de la culpabilidad*, tr. R. Núñez, Bs. As., 1944).

excluye la culpabilidad en casos de coacción y necesidad, pese a que el agente haya actuado con dolo.

Estos autores destacaron que la atribución de culpabilidad incluye un elemento de censura que es tan normativo como la atribución de antijuridicidad, aunque difieran ambas en que la primera consiste en una estimación de las actitudes subjetivas con las que actuó el agente y la segunda se refiera a aspectos externos de la acción. Esta nueva concepción se llamó “teoría normativa de la culpabilidad”, en oposición a la doctrina clásica llamada “teoría psicológica”.

La teoría normativa de la culpabilidad, en su forma original, sostenía que un individuo es culpable cuando se cumplen tres condiciones: *a*) que sea imputable en el momento de actuar; *b*) que haya actuado con dolo o culpa; *c*) que el agente sea reprochable por la acción realizada a pesar de ser capaz de realizar otra diferente. Esta concepción sostuvo que la última condición se excluye en casos de coacción, en ciertas situaciones de necesidad, y especialmente en situaciones amparadas por una excusa que por aquel tiempo estaba comenzando a ser reconocida por los tribunales bajo el nombre de “no exigibilidad de otra conducta” (esta defensa no prevista por la ley abarcaba actos realizados en circunstancias excepcionales, sin alcanzar a la coacción o a la necesidad, que hubieran podido inducir a cualquier persona razonable a obrar como lo hizo el agente).

Más adelante los juristas comenzaron a pensar que esta noción de culpabilidad era lógicamente defectuosa, ya que exigía condiciones de carácter heterogéneo, confundiendo verificaciones de los estados psicológicos de dolo y ciertas modalidades de culpa con juicios normativos sobre la imputabilidad (que se creía una noción valorativa) y la reprochabilidad del agente. Por ello autores como Graf

zu Dohna y von Weber¹⁴, propusieron un concepto puramente normativo de la culpabilidad, libre de toda referencia al dolo del agente (el *status* de la atribución de culpa era menos claro, al punto de que muchos autores lo concibieron como juicio normativo).

b) La incorporación del dolo al tipo

Este cambio planteó el problema de re-clasificar, dentro de las primitivas pre-condiciones de punibilidad, el requisito del dolo. La solución al problema se hizo posible por una modificación en la noción de tipo de Beling, que sobrevino por razones independientes. Esta noción hacía referencia, como vimos, sólo a circunstancias externas que se debe considerar que constituyen la esencia o núcleo de la infracción. Ninguna actitud subjetiva, aunque se la mencionara en la descripción legal del delito, se incluía en el tipo, ya que éste era precisamente el objeto de cualquier actitud subjetiva relevante. Teóricos posteriores, como Fischer, Nagler, Hegler, Sauer y Mezger, criticaron este esquema, motejándolo de artificial; afirmaban que cuando la descripción legal se extiende a actitudes subjetivas, como el fin de lucro en algunas formas de homicidio agravado o los motivos lascivos en algunos delitos sexuales, no se puede identificar el tipo sin tomar en cuenta esas actitudes. Estos estados psicológicos particulares (llamados "intento específico" en el derecho inglés) requeridos en algunos casos por las descripciones legales, fueron denominados "elementos subjetivos especiales del tipo" y su reconocimiento como parte del tipo fue aclamado como un valioso "descubrimiento".

Una vez que se solucionó este problema, los escrito-

¹⁴ Dohna, A., Graf zu, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, Bonn, 1941 (*La estructura de la teoría del delito*, tr. C. Fontán Balestra, Bs. As., 1958); Weber, H. von, *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, Jena, 1935.

res comenzaron a pensar que si se incluían en el tipo los elementos psíquicos requeridos por la ley, ello era motivo suficiente para incluir también el dolo en general, ya que los primeros no son más que variantes del dolo que genéricamente se requiere. Algunos autores, como Dohna y von Weber, propusieron por lo tanto, que se “desplazara” el dolo, de la culpabilidad, al tipo. Mientras el lema de la sistematización anterior era “todo lo externo pertenece al tipo, todo lo subjetivo corresponde a la culpabilidad”, el nuevo lema es: “todo lo fáctico corresponde al tipo, todo lo normativo corresponde a la antijuridicidad o a la culpabilidad”.

El cambio suscitó una curiosa discusión. Ya vimos que, para la teoría clásica, el dolo comprendía tanto el conocimiento de las circunstancias fácticas que forman parte del tipo como el conocimiento de la ilegalidad de la acción. Pero subsecuentemente se inicia una discusión acerca de si los dos aspectos de la noción clásica de dolo deben considerarse partes del tipo o si solamente debe incluirse como tal al primero, dejando al segundo como parte de la culpabilidad. En general, tiende a prevalecer la segunda posición, apoyada en el extraño argumento de que la verificación de que hubo conocimiento de algo normativo es en sí mismo un juicio normativo semejante a la atribución de culpabilidad. Este cambio tuvo consecuencias para el tratamiento del error de derecho.

c) La caracterización del tipo

Con la incorporación del dolo (con o sin conocimiento de la antijuridicidad del acto) al tipo, aparece una nueva dificultad. Obviamente el tipo no puede seguir definiéndose como la referencia fáctica del dolo requerido, toda vez que al dolo mismo se lo considera ahora parte del tipo. Así, el tipo debe definirse con un criterio diferente que el

alcance del dolo, y el criterio sugerido por algunos autores estaba relacionado con la antijuridicidad. Una circunstancia debe considerarse parte del tipo (según dichos teóricos) sólo si es relevante para la antijuridicidad de la conducta. En este sentido, apunta Zimmerl¹⁵, “deben atribuirse al *Tatbestand* todas las circunstancias que agregan algo a la antijuridicidad del acto”, y Schweikert¹⁶, afirma concordantemente que es la antijuridicidad y no la referencia del dolo, como se ha hecho decir al art. 59, la que sirve para definir qué circunstancias pertenecen al tipo. Se concibe, por tanto, el tipo como un conjunto de circunstancias, incluyendo actitudes subjetivas, que hacen antijurídico el acto antijurídico. El tipo se subdivide en “objetivo” —circunstancias externas— y “subjetivo” —el estado psíquico requerido— y hasta se sostiene que el dolo debe referirse a todas las circunstancias que sean parte del tipo (objetivo), pero, naturalmente, la referencia del dolo no es ya el criterio para determinar cuáles son los hechos que forman parte del tipo. Así se supera, aparentemente, el círculo vicioso en que había caído Beling. Este criterio que, lamentablemente, sólo unos pocos autores aplican con claridad, es un verdadero adelanto (tal vez el más importante) de la nueva teoría sobre la de Beling (en la segunda parte adoptaré en cierto modo un criterio parecido como parte de la teoría que propugno). La confusión reinante en esta materia hace que este criterio para delimitar el tipo no esté perfectamente desarrollado en la nueva versión de la teoría del delito. Aun hoy en día la mayoría de los teóricos no incluyen en el tipo la ausencia de circunstancias que, de estar presentes, justificarían la acción a pesar de que son obviamente relevantes para la antijuridicidad de la conducta. Su propósito es posibilitar el aserto de que un

¹⁵ Zimmerl, L., *Zur Lehre vom Tatbestand*, Breslau, 1928, p. 49.

¹⁶ Schweikert, H., *Die Wandlungen der Tatbestandlehre seit Beling*, Karlsruhe, 1950, p. 50 .

error acerca de tales circunstancias negativas no excluye el dolo (como ocurriría si pertenecieran al tipo) ¹⁷.

Es evidente, de cualquier forma, que el nuevo concepto de tipo defendido por algunos juristas presupone una definición de antijuridicidad diferente de la de Beling. Para este jurista la antijuridicidad de una acción dependía solamente de los elementos externos, no de los psíquicos. Pero si se presume, primero, que el dolo es parte del tipo y, segundo, que solamente las circunstancias que son relevantes para la antijuridicidad forman parte del tipo, la consecuencia será que las actitudes subjetivas, como el dolo, son relevantes para la antijuridicidad de la acción. Ello establece una divergencia aun respecto de la primitiva teoría normativa de la culpabilidad, según la cual el juicio que declara que una acción es culpable se refiere al estado psíquico del agente, mientras que el juicio que decide que una acción es antijurídica hace referencia a los aspectos externos de ella. Ahora la diferencia entre ambos juicios normativos no es ya la diferencia entre "subjetividad" y "objetividad" (en el sentido relacionado con la oposición entre los aspectos psíquico y físico, o externo, de la acción), sino la diferencia entre "reproche personal en las circunstancias personales del caso" e "ilegitimidad de una clase genérica de acciones". El juicio de culpabilidad se formula para reprochar al agente una acción particular en sus circunstancias particulares; el juicio de antijuridicidad declara que una cierta clase de acción es objetable sin perjuicio de la situación del agente en el caso concreto.

d) La teoría finalista

Todas estas modificaciones de la teoría clásica las armoniza Hans Welzel ¹⁸ en un sistema relativamente co-

¹⁷ Ver Spolansky, Norberto E., *Error, dolo y condiciones negativas del tipo penal*, LL, 150-252.

¹⁸ Las obras más importantes de Welzel son: *Strafrecht. Allgemeiner*

herente. Además de defender y sistematizar las ideas precedentes, la más famosa contribución de Welzel es el concepto "finalista" de la acción humana.

El propósito de Welzel fue encontrar un argumento concluyente para la inclusión del dolo entre las circunstancias del tipo. Este argumento, en resumen, es el siguiente: puesto que se reconoce sin discusión que la acción criminal es el más importante elemento del tipo, estamos obligados a admitir el dolo también como parte del tipo, ya que el dolo es la intención específica de un acto anti-jurídico, y no podemos concebir o identificar la acción humana independientemente de su finalidad o intención.

Welzel basa su aserto en un enfoque "realista" acerca de los conceptos, asociada con la teoría alemana de la "naturaleza de las cosas"¹⁹ tan frecuentemente usada por los juristas conceptualistas. Para Welzel es posible encontrar en la realidad ciertas "estructuras lógico-objetivas" que determinan la esencia de los conceptos legales que el legislador debe respetar a riesgo de sancionar leyes ineficaces. Estas estructuras imponen el reconocimiento de la índole teleológica de las acciones humanas.

Welzel ataca duramente a Beling y a sus seguidores por cometer un error ontológico cuando afirman que para

Teil, 10ª ed., Berlín, 1967 (*Derecho penal. Parte general*, tr. C. Fontán Balestra y E. Friker, Bs. As., 1956); *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Berlín, 1957 (*El nuevo sistema de derecho penal*, tr. J. Cerezo Mir, Barcelona, 1964); *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1951 (*Derecho natural y justicia material*, tr. F. González Vicén, Madrid, 1957); *Naturrecht und Rechtspositivismus*, en "Fest. für Niedermeyer", Göttingen, 1953 (*Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, tr. E. Garzón Valdés, Córdoba, 1962).

¹⁹ Para una exposición crítica de esta teoría, ver Garzón Valdés, E., *Derecho y naturaleza de las cosas*, Córdoba, 1971, y *Über das Verhältnis zwischen dem Rechtlichen Sollen und dem Sein*, en "Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", 229, LI-1965. Una exposición favorable a la teoría es la de Ramos Mejía, E., *Las estructuras lógico-objetivas en el derecho penal*, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", nº 4, oct-dic. 1970.

determinar si se ha producido o no una acción, es suficiente verificar su carácter voluntario, sin averiguar el contenido de la voluntad. Welzel encuentra esta teoría extraordinariamente imperceptiva (la apoda "la teoría puramente causal de la acción"), porque asimila ciegamente la acción humana, que está dirigida por la finalidad del agente, con los fenómenos meramente naturales, que no lo están.

Welzel añade otro argumento en sustento de su tesis con relación a la tentativa. Sostiene que es inconsecuente requerir la intención del agente para determinar si la tentativa existió y no requerirla para establecer si se cometió el correspondiente delito consumado.

Welzel ha sido criticado por no tomar debidamente en cuenta los delitos culposos al definir la acción como necesariamente intencional, y sustentar al mismo tiempo la tesis de que la intención, el dolo, pertenece al tipo. Su respuesta es que hasta las acciones culposas pueden interpretarse teleológicamente, aunque, como la intención se dirige a un objetivo lícito, no pertenece al tipo del delito. El tipo del delito culposo tiene, según Welzel, una estructura radicalmente diferente de la del tipo de los delitos dolosos.

Reinhard Maurach²⁰, que en lo esencial es seguidor de Welzel, ha propuesto otra importante modificación a la teoría del delito, ajustando la noción de culpabilidad.

Hemos visto que la última etapa de la teoría normativa de la culpabilidad concibe a ésta como un juicio de reproche dirigido contra un agente, y toma en cuenta: *a*) su imputabilidad; *b*) su conocimiento de la antijuridicidad de la acción; *c*) si pudo o no actuar de otra manera en las circunstancias dadas, sobre la base de lo que se considera reacción normal de un hombre común, razonable, *vis-à-vis*

²⁰ Maurach, R., *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*, 3ª ed., Karlsruhe, 1965 (*Tratado de derecho penal*, tr. J. Córdoba Roda, Barcelona, 1962, 2 vols.).

esas circunstancias. Maurach se preocupa por el resultado de este esquema en el tratamiento de los inimputables (defectuosos mentales e infantes). Sostiene que, según la teoría de Beling, aquel a quien se declara inimputable puede ser tratado peor que una persona normal, pues una vez establecida la inimputabilidad no entran en juego los demás extremos de culpabilidad (como haber actuado con dolo o culpa), con el resultado de que quien actuó sin dolo o culpa puede ser sometido a medidas de seguridad cuando el hombre normal estaría eximido de toda medida restrictiva. La "teoría finalista" resuelve esta dificultad considerando el dolo como parte del tipo. Así, un inimputable que actuó sin dolo o culpa no ha realizado una acción típica y, por tanto, se lo puede absolver sin examinar su culpabilidad. Advierte Maurach que, sin embargo, la "teoría finalista" no resuelve todas las dificultades, ya que si el inimputable comete con dolo una acción típica y antijurídica, se lo puede someter a medidas de seguridad sin investigar la tercera condición de culpabilidad, o sea, si es reprochable por no haber actuado como un hombre común razonable lo hubiera hecho en iguales circunstancias. Por consiguiente, el inimputable que actúa bajo coacción puede ser sometido a medidas de seguridad y el hombre normal que actúa en idéntica circunstancia podrá ser absuelto.

Maurach afirma que la determinación de la culpabilidad, tal como la interpreta la teoría normativa, debe realizarse en etapas. En la primera etapa, que él llama "responsabilidad por el acto", se debe inquirir si el agente (imputable o inimputable) actuó como lo hubiera hecho el hombre medio en igual situación; si la respuesta es afirmativa, no puede sufrir medida alguna; si es negativa, se pasará a la segunda etapa, que llama de la "culpabilidad *sensu stricto*". En ella se determinará si el agente es o no imputable; si no lo es, termina la investigación, aunque pue-

de sometérsele a medidas de seguridad y tratamiento; si es imputable, se tiene que formular una nueva pregunta: si sabía o no que la acción era antijurídica, pues solamente si lo sabía, será punible.

Resumiendo la exposición precedente, podemos decir que la teoría del delito aún sostiene que la responsabilidad criminal requiere una acción típica, antijurídica y culpable, pero interpreta estas condiciones así: *a*) se incluyen dentro del requisito de tipicidad, no sólo la presencia de un movimiento corporal voluntario, sino también su producción con dolo o culpa, junto con la exigencia de satisfacer el principio de legalidad; *b*) la antijuridicidad, además de constituir una condición de punibilidad²¹, sirve para delimitar (según algunos autores) las circunstancias que el agente debe conocer (o ser negligente a su respecto) para ser punible; *c*) la culpabilidad requiere que al agente pueda reprochársele que actuara como lo hizo (es decir, que no obrara en la circunstancia como lo hubiera hecho un hombre razonable), que sea imputable y que haya comprendido o podido comprender la antijuridicidad de su acción.

Las mayores diferencias prácticas entre la versión clásica de la teoría del delito y las posteriores reformulaciones de ella, son las siguientes:

a) Según la versión clásica, el hombre que actúa sin el dolo requerido, puede, sin embargo, haber ejecutado una acción típica y puede ser responsable quien culpable-

²¹ Los autores modernos adoptan, en general, un enfoque del origen de las normas que determinan la antijuridicidad mucho más próximo a las teorías del derecho natural que lo que se hallaba el de Binding y Beling. Un enfoque muy difundido es el de M. E. Mayer, *Allgemeiner Teil des Deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1923, seguido por Jiménez de Asúa, II, nº 611 y 612. Según él, en toda sociedad existen "normas de cultura" peculiares, de acuerdo con las cuales se determina la anjuridicidad del acto. Estas normas de cultura parecen ser, ya que su definición dista de ser clara, los patrones de moralidad seguidos por cada comunidad.

mente colabore con él; según la moderna teoría ese mismo hombre no ha cometido una acción típica y su colaborador no será punible como cómplice.

b) Para Beling el hombre que cree que su acción no es antijurídica no actúa con dolo; para Welzel y otros autores modernos actúa dolosamente (en el restringido sentido de “conocimiento de los hechos”) y por lo tanto no se excluye necesariamente la tipicidad de la acción, a pesar de que esta versión concibe el dolo como parte del tipo (otros autores modernos critican esta apreciación y sostienen que el error de prohibición excluye el dolo y, consecuentemente —como el dolo pertenece al tipo—, excluye la tipicidad de la acción). Para Beling el error de derecho anula la culpabilidad del agente al excluir el dolo: si el error de derecho fue negligente, el agente puede ser punible por un delito culposo, si está previsto por la ley. Para Welzel y otros autores el error de prohibición no afecta al dolo del agente, sino a su culpabilidad (que se concibe como independiente del dolo); la culpabilidad puede graduarse o excluirse de acuerdo con el grado de negligencia que implique el error; así, el hombre que actúa con error negligente de prohibición aún puede ser punible por un delito doloso aunque la penalidad disminuirá de acuerdo con el mayor o menor grado de culpabilidad atribuido al agente. En consecuencia, mientras Beling absolvería al hombre que actuó por un error de derecho irrazonable cuando no está previsto el delito culposo pertinente, Welzel lo condenaría por haber cometido el delito doloso, disminuyendo la pena según se atenuara la culpabilidad.

c) Para Beling la antijuridicidad de la acción depende solamente de las características externas de la situación; así, las causas de justificación existen independientemente de las creencias e intenciones del agente. Según las nuevas tendencias, para la determinación de la antijuridicidad

y de las causas de justificación deben tomarse en cuenta las actitudes subjetivas del agente (con el resultado de que el hombre que, por ejemplo, actúa sin saber que tenía derecho a cometer la acción típica en las circunstancias del caso, comete una acción antijurídica).

d) Algunos seguidores de la formulación clásica²², sostienen que la ausencia de circunstancias fácticas que, de existir, justificarían la acción, es parte del tipo, y que, por lo tanto, un error acerca de ellas excluiría el dolo. En cambio, Welzel, por ejemplo, cree que la ausencia de tales circunstancias (como el hecho de que uno fuera atacado) no forma parte del tipo y que, consiguientemente, una creencia errónea del agente acerca de ellas (cree, por ejemplo, ser atacado) no excluye el dolo y debe ser tratada como un error acerca de la prohibición, a la manera explicada en *b*.

e) Para Beling un incapaz que, por ejemplo, hubiese actuado sin dolo o por coacción, podrá, sin embargo, haber actuado antijurídica y típicamente y, por lo tanto, se lo podrá someter a medidas de seguridad; en cambio, Maurach sostiene que si el insano actúa sin dolo, su acción no es típica, y si actúa por coacción o por necesidad, no es "responsable"; en ninguno de los casos, por consiguiente, se lo puede someter a medida alguna de seguridad.

C. EXAMEN CRÍTICO DE LA TEORÍA DEL DELITO CONTINENTAL EUROPEA

a) La metodología dogmática

La discusión de la teoría cuyos lineamientos acabo de resumir, requiere ponerla en el contexto de la modalidad de

²² Por ejemplo Mezger, E., *Lehrbuch des Strafrechts*, Munich, 1949, y Jiménez de Asúa, ob. cit., vol. III, p. 744.

encarar problemas jurídicos que constituye lo que se llama "dogmática jurídica", de la cual esta teoría del delito es, tal vez, su expresión más acabada.

La dogmática jurídica no está representada por cualquier actividad teórica encaminada a dar cuenta de un cierto derecho positivo, sino que constituye un enfoque particular con ciertos presupuestos y metodología específicos, que se ha desarrollado en determinados países y no en otros y que se originó a partir de la confrontación de ciertas concepciones teóricas con determinados acontecimientos históricos.

Como he sostenido en otros ensayos²³, la dogmática jurídica actual es heredera de una corriente de pensamiento jurídico que se inició y mantuvo durante la mayor parte del siglo XIX, y que fue, a su vez, producto del enfrentamiento entre concepciones racionalistas del derecho natural que se habían desarrollado desde mucho antes y el movimiento de codificación que se fue expandiendo por Europa continental en aquella época.

Como consecuencia del Iluminismo en las esferas filosófica y política, gran parte de los juristas habían abandonado la fundamentación teológica del derecho natural para adoptar una de índole racionalista. El objetivo de las elaboraciones jurídicas que precedieron a la Revolución francesa era, como ya lo había intentado mucho antes Grocio, la construcción de sistemas jurídicos ideales, universalmente aplicables y deducidos de unos pocos axiomas autoevidentes. Esta tarea fue emprendida con casi completa desatención por el orden jurídico positivo de aquella época, que discrepaba considerablemente de los sistemas ideales propugnados por los juristas, tanto en cuanto a su contenido ideológico, como en cuanto a la pretensión de

²³ Ver Nino, C. S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, cit.; *Notas*, cit., t. IV, y *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, cit. Ver síntesis de mis ideas al respecto en Krause Murguiondo, *El método dogmático y la interpretación de normas jurídicas*, LL, 22-10-79, § II, IV y VII.

aplicación uniforme en todo el ámbito de un país, como también en relación a las propiedades formales de completitud, coherencia, precisión, etcétera.

Acontecimientos históricos como la consolidación de los Estados europeos y el ascenso de la burguesía al poder, promovieron eventualmente el movimiento de codificación que culminó en los códigos napoleónicos, al que no fue ajena la prédica de los propios juristas racionalistas. La sanción de los códigos ejerció a su vez un poderoso impacto sobre la teoría jurídica, de una magnitud tal vez sólo comparable con la influencia que la institución del pretor había tenido sobre los juristas romanos, generándose una radical ruptura con el tipo de enfoque adoptado anteriormente por los teóricos del derecho.

La actitud de los juristas hacia la nueva ley positiva cambió diametralmente: al desprecio por el derecho del Ancien Régime sucedió una absoluta adhesión hacia los nuevos códigos, que supuestamente satisfacían en amplia medida las propiedades substantivas y formales que los juristas racionalistas atribuían a sus sistemas ideales. Para aquellos juristas todo el derecho racional estaba contenido en los códigos. Ante el nuevo orden, los revolucionarios de antes se convirtieron en los más severos conservadores de aquél. Por ejemplo, Laurent decía: "Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete. Éste no tiene ya por misión hacer el derecho. El derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos". Bugner afirmaba: "No conozco derecho civil, sólo enseño el Código de Napoleón". Demolombe se exaltaba: "Mi divisa, mi profesión de fe, es la siguiente: los textos ante todo". Aubry describe así el nuevo enfoque: "La ley toda, tanto en su espíritu como en su letra, con una extensa aplicación de sus principios y el más completo desenvolvimiento de sus consecuencias, *pero nada más que la ley*, tal ha sido la divisa de los profesores del Código de Napoleón.

Sus alumnos han sido conducidos en esta vía de conservación progresiva”²⁴.

A pesar de que este movimiento adopta también presupuestos iusnaturalistas, se produce una relevante diferencia de enfoque con respecto de los juristas anteriores a la codificación. Domat y Pothier, por ejemplo, en sus tratados, construían un sistema de normas jurídicas “según su orden natural” (como se titulaba la obra del primero) y sólo basado parcialmente en el derecho romano y en las costumbres francesas, en tanto y en cuanto coincidieran por accidente con la razón aplicable a todos los países y a todos los tiempos. Los comentaristas del Código de Napoleón, como Troplong y Demolombe, por considerar que este cuerpo era la expresión misma de la razón natural, se veían obligados, en cambio, a justificar todas las soluciones en algún artículo concreto del Código.

De este modo se extendió y desarrolló entre los juristas un enfoque original del derecho positivo, consistente en concebir sus disposiciones como “dogmas” que debían ser adoptados acríticamente como premisas en cualquier justificación de soluciones jurídicas. La labor de los exegeticos se puede aún distinguir netamente de la de los glosadores²⁵. Se podría decir que sólo hay una diferencia en el grado de sujeción a los textos y que siempre hubo épocas de avance y retroceso en esta materia (períodos en que predomina una actitud conservadora, seguidos por períodos en que los juristas comienzan a hacer lo que Ihering²⁶

²⁴ Estas citas han sido extraídas de Llambías, J. J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, Bs. As., 1961, t. I, p. 99.

²⁵ Obsérvese si no la diferencia que existe respecto del mismo tema, por ejemplo, entre el desarrollo de los comentaristas del art. 310, inc. 3º, del Código Civil francés, que determina la extraterritorialidad del estatuto personal, y la famosa glosa de Accursio que extrajo una conclusión equivalente de la ley *cunctus populus* del Código Justiniano, que simplemente decía que los súbditos del Imperio debían profesar la religión cristiana.

²⁶ Ihering, Rudolf von, *El espíritu del derecho romano*, ed. abrev. por F. Vela, Revista de Occidente, 1947, p. 275.

ha denominado “una guerra tranquila contra la ley”, una vez que sus ideales van cambiando, las circunstancias sociales se van alejando de las previsiones legales y el derecho se va haciendo menos sistemático); sin embargo, nunca los juristas habían sido tan explícitos y consecuentes en la formulación y adopción de un modelo “legalista” de doctrina jurídica como los profesores de la escuela de la exégesis. Los axiomas básicos para la tarea del jurista que esta escuela sostenía, eran, como lo enuncia Sebastián Soler, los siguientes²⁷: *a*) la absoluta preeminencia otorgada a la ley como fuente de derecho; *b*) la voluntad del legislador como único criterio para asignar significado a la ley.

Pero mucho más influyente que la escuela exegetica en la conformación de la actual dogmática jurídica, fue el movimiento que se suscitó más adelante en Alemania, designado con el nombre de “jurisprudencia de conceptos”, y que tiene ciertos rasgos en común con la anterior, pero que es notablemente más sofisticado.

Es un hecho curioso, y todavía no completamente esclarecido, a mi juicio, la confluencia entre el pensamiento historicista de autores como Savigny, Puchta y Hugo y la escuela conceptualista, algunos de cuyos presupuestos parecen contradecir la concepción historicista. Como bien se sabe, la doctrina jurídica historicista proclamó que la fuente originaria y genuina del derecho debe buscarse en el espíritu del pueblo, *Volksgeist*, y que éste tiene sus manifestaciones en la espontánea creación de derecho principalmente por vía de las costumbres. Siguiendo esta concepción, Savigny se trabó en famosa polémica con Thibaut, oponiéndose a la codificación del derecho en Alemania.

Pero, al mismo tiempo, juristas como el mismo Savigny, principalmente en sus lecciones de Marburgo, propo-

²⁷ Soler, Sebastián, *La interpretación de la ley*, Barcelona, Ariel, p. 8.

nen un ideal de ciencia del derecho que, si bien se basa en el derecho positivo de cada nación, pretende superar la mera acumulación de datos contingentes y adquirir alcance universal. La meta de Savigny era construir una ciencia del derecho *more geometrico*, que consistiría en el análisis de conceptos jurídicos y en la deducción a partir de ellos de “verdades” necesarias acerca de la solución que corresponde a cada caso. Savigny ensayó este método en su brillante ensayo sobre la posesión²⁸.

Estas ideas acerca de la ciencia del derecho influyeron grandemente en la jurisprudencia de conceptos, no obstante su enfoque radicalmente diferente acerca de las fuentes del derecho. Ihering, en su primer período, fue el principal representante del conceptualismo (que ya tenía un precursor notable en Feuerbach). Los axiomas básicos de la jurisprudencia de conceptos son los siguientes²⁹:

1. En oposición al historicismo, proclama que la legislación es la fuente suprema de normas válidas, concibiéndola como un sistema necesariamente coherente, completo y preciso.

2. Sin embargo, recepta la tesis historicista que considera al espíritu del pueblo como el origen último del derecho, aunque sosteniendo que éste se manifiesta, no a través de la costumbre, sino a través de las opiniones de los juristas cuando interpretan y sistematizan la legislación.

3. Asumió que las ideas de los juristas se concretan

²⁸ Para una referencia esclarecedora a estas ideas de Savigny y a su relación con la metodología usada en su ensayo sobre la posesión, ver González Vicén, Felipe, *Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo*, en “Anuario de Filosofía del Derecho”, Madrid, 1966, p. 18 y 19.

²⁹ Esta exposición de los postulados de la escuela conceptualista se basa principalmente en la descripción formulada por sus adversarios, los partidarios de la jurisprudencia de intereses. Ver la colección “The Jurisprudence of Interests”, Cambridge, Mass., 1948, en particular los dos excelentes artículos de Philip Heck, *The Jurisprudence of Interests. An Outline y The Formation of Concepts and the Jurisprudence of Interests*.

en ciertos conceptos jurídicos fundamentales, que se concebían según lineamientos realistas (Ihering habló de ellos como “cuerpos jurídicos” y propuso estudiarlos según métodos análogos a los de las ciencias naturales) ³⁰.

4. Mediante el análisis, la clasificación y la combinación de estos conceptos jurídicos básicos —método llamado “construcción jurídica”—, se consideró posible descubrir soluciones implícitas en la legislación para cualquier caso posible.

5. La labor de los juristas y jueces fue concebida como puramente cognoscitiva y consistente en deducir de la ley positiva, a través del método de la construcción jurídica, la solución aplicable al caso (que aquella necesariamente debe contener), con exclusión de cualquier consideración de índole valorativa o sociológica.

El jurista español Felipe González Vicén ha mostrado en un lúcido ensayo ³¹ cómo los presupuestos y la metodología que la jurisprudencia de conceptos postulaba para la ciencia del derecho fue la respuesta de los juristas racionalistas ante la necesidad de adaptar su labor teórica a la sanción de los nuevos códigos. El problema que estos juristas enfrentaban era cómo aplicar el enfoque axiomático que habían desarrollado originariamente para criticar el antiguo orden, en su nueva misión de estudiar el reciente derecho positivo, cuyo respeto dogmático proclamaban. Su respuesta, según González Vicén, fue un compromiso entre presupuestos empiristas e idealistas que consistía en presentar al derecho como un *compositum* de una estructura general permanente y universal, con las disposiciones contingentes y particulares del legislador. En palabras de este autor:

³⁰ Ob. cit., p. 243.

³¹ González Vicén, *Sobre los orígenes*, citada.

“Si el problema había sido inicialmente el de encontrar un método para el conocimiento universal del derecho positivo, ahora, una vez adoptada como punto de partida absoluto la gnoseología del racionalismo, el problema es, en cambio, el de cómo hay que pensar el objeto para hacerlo asequible al método del racionalismo... Todo el proceso está dirigido a encontrar en el derecho positivo elementos permanentes que permitan convertirlo en ‘objeto de conocimiento’ en el sentido del racionalismo... La oposición entre ‘jurisprudencia universal’ y ‘jurisprudencia particular’, basada en la oposición derecho natural-derecho positivo, se traslada ahora por el positivismo al concepto mismo del derecho positivo en su concreción histórica, y se convierte, con función análoga, en una yuxtaposición entre elementos racionales permanentes e irracionales variables dentro de toda realidad jurídica. No hay más derecho que el derecho positivo, pero no todo es *positum*, es decir, no todo es de carácter contingente e histórico en el derecho positivo: he aquí el dogma de la nueva dirección. En todo derecho positivo, además de la materia de regulación, existe una armazón conceptual, una estructura formal siempre la misma; esta armazón conceptual es el objeto en sentido estricto de la ciencia del derecho como conocimiento general, y su estructura formal es la que presta a éste validez y carácter científico... Por eso, cuando la ciencia jurídica reduce un derecho a un sistema lógico de conceptos, lo que hace es simplemente poner al descubierto y elevar a reflexión lo que este derecho es verdaderamente en sí, describe el ‘esqueleto al que se adhiere toda substancia bajo la forma de proposiciones jurídicas’ [nota referida a Ihering]... Se trata de una operación mental puramente lógica, para cuya solución no hay más instrumento que la lógica ni ningún otro medio que pueda sustituirla; todas las consideraciones históricas, políticas y filosóficas... carecen de importancia para la dogmática de

un material jurídico concreto y sirven hartos a menudo sólo para ocultar la falta de labor constructiva” [cita de P. Laband] ³¹⁻¹.

Mediante este fantástico programa, consistente en pretender inferir soluciones normativas del mero análisis y combinación de conceptos que se conciben ínsitos en todo derecho e inderogables por el legislador, el conceptualismo pretende hacer compatible la función latente de la ciencia jurídica de reformular el derecho positivo para eliminar sus indeterminaciones y adaptarlo a exigencias de justicia, con la profesión manifiesta de un positivismo *ideológico* ³² (radicalmente diferente del positivismo *metodológico* defendido por autores como Bentham, Kelsen y Hart) que rechaza toda solución para problemas jurídicos que no esté fundada explícitamente en la ley positiva.

Para proceder a esta conciliación entre la labor real de los juristas y la ideología positivista, se recurre también

³¹⁻¹ González Vicén, ob. cit., p. 7, 10, 21 y 23.

³² Norberto Bobbio describe así los postulados del positivismo ideológico: “1) El derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es por ser emanación de la voluntad dominante, es justo, o sea, el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o invalidez; 2) el derecho como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza en una determinada sociedad, sirve con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables, tales como el orden, la paz, la certeza y en general, la justicia legal” (*El problema del positivismo jurídico*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., Eudeba, 1965, p. 47). Alf Ross, quien llama a esta ideología “seudopositivismo”, la expone así: “Es verdad, sin embargo, y habría que insistir en ello para explicar el malentendido, que un número de autores, comúnmente considerados ‘positivistas’, han sostenido el punto de vista descrito por Verdross, de que el orden establecido es, como tal, acreedor de obediencia... Esta clase de filosofía moral tiene, hasta donde puedo ver, varias fuentes. Una, pienso, se remonta a las enseñanzas de Martín Lutero, que dio un nuevo alcance a las palabras de San Pablo, que toda autoridad estatal proviene de Dios. Otra puede hallarse en la filosofía de Hegel, condensada en el famoso *slogan*: lo que es real es válido y lo que es válido es real. También concuerda con la ideología del conservadorismo: lo que tiene éxito está justificado, porque Dios ha permitido que lo tenga... Esta es la actitud que se revela en el *slogan*: *Gesetz ist Gesetz* (la ley es la ley) que significa que cualquier orden jurídico es derecho, y, como tal, cualquiera sea su espíritu y sus tendencias,

a la ficción “del legislador racional”³³. Se presume implícita o explícitamente que los legisladores poseen atributos que, obviamente, están lejos de caracterizar a las personas de carne y hueso que sancionan normas generales y parecen más bien responder al modelo de un legislador divino. Se habla de *el* legislador como si fuera un único individuo (y no, como es generalmente, uno o varios cuerpos colegiados) al que se pueden atribuir *todas* las normas del sistema, lo cual resulta una forma de hablar conveniente para deslizar luego la adscripción de otras propiedades como la de consistencia. Se lo supone consciente de las normas que emite (no obstante lo que ocurre a veces con sanciones “a libro cerrado” y prácticas análogas) y de todas las demás normas del sistema. También se lo imagina como un ser omnisciente que prevé todas las circunstancias fácticas que quedarán abarcadas por las normas que impone. Al legislador se lo concibe, asimismo, fundamentalmente justo, pues se piensa que ha otorgado a las disposiciones que formula el significado más concordante con las exigencias axiológicas. Se asume que el legislador es necesariamente coherente, ya que su voluntad no puede contradecirse consigo misma. También se lo imagina como omnicomprendivo, puesto que no deja ninguna situación jurídica sin regular. Es también económico, ya que no promulga normas redundantes. Asimismo, se supone que el legislador es siempre operativo, no dictando normas que carezcan de aplicabilidad. Por último, se piensa que el legislador siempre es preciso, en el sentido de que su volun-

debe ser obedecido” (*El concepto de validez y otros ensayos*, tr. G. R. Carrió y O. Paschero, Bs. As., 1959, p. 24 y 25). Para una exposición más amplia acerca de la relación entre esta ideología y ciertos presupuestos de la dogmática jurídica, ver Nino, *Consideraciones*, cit., cap. II; para una distinción entre este positivismo y el positivismo “metodológico”, ver *Notas*, vol. III, citado. Ver nota 49.

³³ Para una referencia más detallada a este modelo, ver *Consideraciones*, cit., cap. V, y *Notas de introducción al derecho*, vol. IV, citado.

tad tiene una dirección unívoca, con independencia de las imperfecciones del lenguaje que accidentalmente utilice.

Esta construcción teórica del legislador racional permite hacer aparecer la reformulación que los juristas hacen del derecho positivo, para eliminar sus imprecisiones, lagunas, contradicciones, etc., y adecuarlo a ideales de justicia, como una mera explicitación del contenido latente en el derecho positivo, al que como producto de un tal legislador, se lo concibe completo, coherente, preciso e inherentemente justo. El jurista polaco Leszek Nowak³⁴ presenta un interesante análisis de las funciones del modelo del legislador racional, afirmando entre otras cosas: “El rasgo característico del método jurídico (es decir, el aplicado en la ciencia jurídica llamada ‘dogmática’, la ciencia del derecho civil, penal, etc.) de interpretación de los textos legales, es que tiende a una ‘optimización’ de la ley, es decir, a reconstruir a partir de prescripciones legales las mejores normas posibles desde el punto de vista de las exigencias de la doctrina moral y política dominante. Parece que el modo de admitir por parte de la jurisprudencia el principio de la racionalidad del legislador real permite echar cierta luz sobre esto . . . Por las particularidades de la interpretación jurídica —el hecho de considerar sin reservas el principio de la racionalidad del legislador, el atribuirle los conocimientos más justificados y las preferencias ‘más generosas’ (desde el punto de vista del intérprete)— ésta presenta una analogía con toda interpretación dogmática, doctrinaria, que consista más en respaldar las concepciones del intérprete con el nombre de una autoridad, que en reconstruir las concepciones reales de una autoridad filosófica, política o teológica dada. Pero, aunque tal operación, por ejemplo, cuando trata de interpretar textos filosóficos, ca-

³⁴ *De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique*, en “Logique et analyse”, n° 12, p. 1964.

rece de base cognoscitiva, la interpretación dogmática de un texto legal es un instrumento necesario e indispensable para la adaptación de las prescripciones legales a la vida social. Ella es realmente un medio eficaz para la realización de las funciones, a decir verdad no epistemológicas, de la jurisprudencia”.

A estos párrafos esclarecedores de Leszek Nowak me permito agregar el comentario de que esta ficción del legislador racional es útil y eficaz para la adaptación del derecho a exigencias axiológicas sólo en tanto y en cuanto se mantenga la ficción más general de que los jueces pueden (y deben) justificar completamente sus decisiones en el sistema jurídico positivo y que la función de la ciencia jurídica es la meramente cognoscitiva de hacer explícito el contenido latente de tal sistema. Por otra parte, no parece ser muy defendible una ficción cuya función principal (consciente o no) sea encubrir la toma de posición en materia valorativa, implícita en las propuestas de reformulación del sistema, y eludir una discusión abierta y franca de tales presupuestos axiológicos.

El modelo conceptualista puro sufrió con el transcurso del tiempo embates muy serios de doctrinas jurídicas, como la jurisprudencia de intereses y la escuela del derecho libre, y de diferentes posiciones ideológicas. Estas críticas han ejercido obviamente su impacto sobre la conformación de la actual dogmática jurídica, en grados diferentes según el país y el área del derecho de que se trate, desdibujándose gradualmente muchos de los rasgos más extremos del conceptualismo. Sin embargo, en la medida en que se sigue rechazando soluciones jurídicas no justificadas explícitamente en la legislación positiva; que persiste la resistencia a reconocer lagunas, contradicciones e imprecisiones en el derecho; que se piensa que la teoría jurídica tiene sólo la función cognoscitiva de descubrir, mediante un análisis me-

ramente conceptual, soluciones implícitas en el derecho positivo, desconociéndose su función preeminentemente normativa; que se sigue aceptando una concepción "realista" de los conceptos jurídicos según la cual éstos están conformados y determinados por estructuras de la realidad; en esa medida, la herencia del conceptualismo se deja sentir pesadamente todavía en la actual dogmática jurídica. Uno de los reductos más firmes en que tal ortodoxia se mantiene en sus grandes lineamientos, no obstante ciertas desviaciones recientes, es la dogmática penal alemana, en cuyo contexto se generó la teoría del delito que discutimos.

b) La definición de "delito" y el carácter valorativamente neutro de la teoría

Como hemos visto, esta teoría del delito parte de una supuesta definición de delito como acción típica, antijurídica y culpable (con variaciones de detalle entre distintos autores), para analizar y combinar después cada uno de los elementos mencionados en esta "definición", con el fin de inferir soluciones para los principales problemas de la adscripción de responsabilidad penal. El sólo hecho de que "la definición de delito" sirva como único axioma de una teoría con consecuencias normativas, basta ya para descalificarla como definición conceptual, o sea como un criterio que estipula condiciones para el uso de cierta expresión lingüística (en este caso "delito" o sus sinónimos en distintos idiomas). Obviamente, del análisis de cierto concepto no pueden inferirse soluciones normativas substantivas acerca de cómo deben tratarse los casos denotados por tal concepto. Por otra parte, si la definición de "delito" se tomara en serio como una definición conceptual, se apartaría ella tanto del uso corriente de la palabra "delito", que sería de muy poca utilidad (nos obligaría a decir, por ejemplo, que en Inglaterra no existe el *delito* de

homicidio, pues respecto de él no se respeta completamente, como luego veremos, el requisito de la culpabilidad).

Una interpretación más aceptable de la “definición de delito”, propugnada por la teoría que comentamos, consistiría en verla no como una genuina definición conceptual sino como una descripción abreviada de las condiciones que un cierto derecho positivo exige para la responsabilidad penal; más que un análisis del concepto de delito, la “definición de delito” sería una descripción de los rasgos comunes a los delitos instituidos por un cierto sistema jurídico. Lo que con ella se diría es, por ejemplo, que en el derecho argentino todos los delitos tienen las propiedades de ser acciones típicas, antijurídicas y culpables. Sin embargo, esta alternativa no se compagina con la pretensión, claramente expuesta por la dogmática, de ofrecer una fórmula con validez general y no referida al derecho de un determinado país en un cierto momento, sin que, por otra parte, se haga, como paso previo, un examen minucioso de las disposiciones legales vigentes con el fin de justificar esa supuesta generalización empírica. Además, esta descripción no podría tampoco tener consecuencia normativa alguna, no pudiendo servir como guía para interpretar normas que no dispusieran claramente las condiciones que la fórmula menciona (si la fórmula fuera descriptiva y el derecho positivo no se ajustara claramente a ella, lo que habría que modificar sería la fórmula; en cambio, si la fórmula fuera normativa y el derecho positivo, según cierta interpretación, no se adecuara a ella, lo que estaría “mal” sería el derecho positivo, así interpretado, y habría que buscar otra interpretación concordante con dicha fórmula).

Lo cierto es que la “definición de delito” que esta teoría ofrece, aunque se la presente como una definición conceptual y se la defienda a veces, inconsistentemente, como una descripción o generalización respecto del derecho positivo, no podría cumplir la función que se le asigna en la

teoría del delito si no tuviera un carácter prescriptivo. La fórmula “el delito es una acción típica, antijurídica y culpable” contiene un conjunto de directivas dirigidas a los legisladores y jueces acerca de las condiciones que se *deben* cumplir en la regulación y adjudicación de responsabilidad penal. Lo que la fórmula indica es que los delitos *deben* estar previstos con relativa precisión en leyes anteriores a los actos punibles y que nadie *debe* ser penado sin que su conducta pueda subsumirse estrictamente en tal descripción legal y sea una acción voluntaria, antijurídica y culpable.

Es obvio que el presentar este conjunto de prescripciones como una definición tiene sus inconvenientes. Si una prescripción se confunde con una definición conceptual, pueden desvanecerse tanto la fuerza normativa de la prescripción como la función de identificación que cumple una definición. Un legislador perverso podría reaccionar jugando de este modo con la fórmula que comentamos: “Si ella es una definición, no dice nada en contra de penar conductas no típicas o no culpables; lo único que indica es que tales conductas punibles no se denominarán ‘delito’ (lo cual me tiene muy sin cuidado). Si ella es una prescripción, falta saber a qué hechos se aplica; como no se ofrece una definición explícita de ‘delito’, bien puede ocurrir que los hechos que me propongo penar no sean considerados delitos y que, en consecuencia, no estén alcanzados por la directiva de que todo delito sea una acción típica, antijurídica y culpable”. Ante esto, los juristas no tendrían más remedio que admitir que en sus explicaciones ellos presuponen implícitamente una definición genuina de “delito” como conducta jurídicamente punible (que muchas veces han rechazado por la razón insubstancial de que expresa una tautología) y tendrían que enfrentar la tarea de refinar esta definición conceptual (que, como se muestra con las dificultades que Kelsen encuentra para articular

una definición semejante³⁵, plantea más problemas de los que a primera vista parece). O sea, tendrían que reconocer que cuando ellos dicen que todo delito debe ser una acción típica, antijurídica y culpable, por “delito” entienden toda conducta punible.

Una vez que se advierte que la fórmula que constituye la base de esta teoría del delito es un conjunto de estipulaciones normativas, se pone de manifiesto el defecto metodológico principal de que adolece la formulación de la teoría. El defecto consiste precisamente en no reconocer abiertamente tal carácter normativo de los axiomas de la teoría y, en consecuencia, en eludir la tarea de proveer una justificación valorativa articulada y minuciosa de esos axiomas. Por supuesto que, de tanto en tanto, los teóricos penales aluden a algunas fundamentaciones de filosofía política y moral en apoyo de los requisitos de la “definición de delito”, pero raramente se tiene plena conciencia de que sólo de tales fundamentaciones, y no de otra clase de análisis, dependerá el alcance preciso que se dé a cada una de las condiciones de responsabilidad penal que se estipulan y, en definitiva, la resolución de problemas como el de las actitudes subjetivas que deben exigirse, los efectos del error de prohibición, el tratamiento de la tentativa, la caracterización de las causas de justificación, etcétera. Hay una especie de cesura entre la justificación, vagamente aludida, de la fórmula básica de la teoría y la resolución de problemas específicos de responsabilidad penal. Aunque se admita que la “definición de delito” deba justificarse recurriendo a principios e ideales morales y políticos, se piensa que, una vez aceptada tal “definición”, los problemas como los que hemos mencionado podrán resolverse sin revertir sobre tal justificación y mediante sucesivas distinciones conceptuales a partir de la fórmula primitiva.

³⁵ Ver Nino, *La definición de delito*, en “Notas de filosofía del derecho”, nº V, 1969.

Esto lleva en la práctica a decisiones valorativas encubiertas en el tratamiento focalizado de cada problema de responsabilidad penal, de modo tal que ese mosaico de posiciones axiológicas aisladas ante diferentes problemas específicos no tiene necesariamente vinculación, y hasta puede resultar inconsistente, con la justificación valorativa de los axiomas básicos de la teoría.

Como las decisiones valorativas localizadas se presentan como meras distinciones conceptuales, se produce un contraste notable entre la aparente simplicidad de las premisas normativas de la teoría y el carácter desproporcionadamente complejo y engorroso del aparato conceptual a que se recurre para su formulación. Cada nueva distinción, motivada por la necesidad de evitar soluciones axiológicamente insatisfactorias, produce a veces, en áreas alejadas de la que se trató originariamente, otras soluciones insatisfactorias que determinan la formulación de nuevas distinciones, y así sucesivamente. De este modo, hay un desequilibrio notorio entre el esfuerzo dedicado a analizar y clasificar conceptos y la atención prestada a la discusión de cuestiones de fundamentación axiológica. Los importantes temas filosóficos (como la justificación de la pena, la relación entre responsabilidad penal y reprochabilidad moral, los límites del paternalismo estatal, las formas de aplicación de normas penales, etc.) de los que la regulación y adjudicación de responsabilidad penal dependen, sólo son objeto de un estudio relativamente superficial, con lo que, naturalmente, no es posible delinear principios que tengan la suficiente precisión para determinar soluciones para problemas específicos. La idea de que la discusión de tales cuestiones axiológicas corresponde a la "política criminal" —que curiosamente nunca se encara sistemáticamente por autores que tendrían muchas cosas interesantes que decir en esta materia —determina que, siguiendo la posición ex-

pública de von Liszt³⁶, se las excluya pulcramente del ámbito de la dogmática penal. De este modo, no se advierte que con el desarrollo de la teoría del delito se van adoptando, de hecho, posiciones de política criminal (generalmente *de sententia ferenda*), pero sin proceder a una explicitación clara de sus postulados valorativos básicos y sin prestar la debida atención a las consecuencias de las soluciones particulares propugnadas.

En este sentido es saludable la reacción de autores que, como Roxin en Alemania, comienzan a percibir lo inadecuado de divorciar la teoría del delito de la política criminal, aunque todavía no han expuesto suficientemente las consideraciones de política criminal que inciden en la configuración de tal teoría. Así, dice Roxin³⁷: “Del mismo modo, hay que reconocer también en el derecho penal que —sin perjuicio del mantenimiento ilimitado de las exigencias del estado de derecho— los problemas de política criminal configuran el contenido propio también de la teoría del delito [cita de Wutenberger]. El principio *nullum crimen* tiene que dar ya directrices de conducta, además de cumplir su función liberal de protección, convirtiéndose de este modo en un principio de configuración social de alta significación. Esto se continúa en todos los sectores de la teoría del delito: cuando, por ejemplo, se enfrentan nuestros tribunales con el problema de si una persona que ha sido atacada antijurídicamente se puede defender con armas o se le puede exigir que evite el encuentro, se trata con ello aparentemente sólo todavía de delimitar las esferas de actuación y libertad... en realidad se están buscando las soluciones más flexibles y justas de situaciones conflictivas; y cuando se trata de explicar cómo hay que tratar a

³⁶ Von Liszt, *Tratado de derecho penal*, tr. L. Jiménez de Asúa, Madrid, 1927.

³⁷ Roxin, C., *Política criminal y sistema de derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1972, p. 27.

alguien que se ha equivocado, de algún modo, respecto de la prohibición de su acción, o ha desistido de consumar un delito, los problemas son de naturaleza político-criminal y no pueden ser resueltos adecuadamente con el —para decirlo con Jescheck— ‘automatismo de los conceptos teóricos’.”

Esta reacción en contra de concebir la teoría del delito como valorativamente neutra, debe distinguirse de la reacción, también valiosa, aunque basada en presupuestos discutibles, de autores como Gimbernat Ordeig³⁸, quienes cuestionan el contenido, pero no el método de la actual teoría del delito. Gimbernat Ordeig descalifica, partiendo de una concepción determinista de la acción, el principio de culpabilidad como base de la teoría del delito y delinea los contornos de una teoría basada sobre una justificación utilitarista y no retribucionista de la pena. Pero este autor se mantiene fiel a una concepción de la teoría del delito como una empresa cognoscitiva y axiológicamente neutra y defiende la metodología conceptualista como una garantía de preservación de la seguridad jurídica y la previsibilidad de las operaciones del derecho penal. Como éste es un argumento muy frecuente en favor del método empleado por la actual dogmática penal; cabe aquí el comentario de que la metodología conceptualista no favorece sino que, por el contrario, perjudica a los ideales de certeza y previsibilidad: en la medida en que las posiciones en favor de ciertas soluciones para problemas de responsabilidad penal no se defiendan explícitamente sobre la base de principios valorativos que se sometan al control de una discusión crítica (poniéndose de manifiesto que la adopción de aquellas soluciones implica endosar tales principios y que ello debe mantenerse *coherentemente* cuando se consideran tópicos diferentes), sino sobre la base aparente de meras distincio-

³⁸ Gimbernat Ordeig, E., *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, Salamanca, 1971.

nes conceptuales fundadas, por ejemplo, en presuntas intuiciones sobre la "naturaleza de las cosas", se abre el camino para que se proceda arbitrariamente a proponer soluciones divergentes mediante construcciones conceptuales distintas, con la tranquilidad de conciencia de que ello no supone un determinado compromiso axiológico. Una vez que se domina el juego de la manipulación de conceptos, puede justificarse prácticamente cualquier solución mediante un ajuste adecuado de los conceptos relevantes, sin que ello aparente ser más que una toma de posición "científica". La práctica judicial, en el caso de los jueces más familiarizados con las elaboraciones dogmáticas, es muestra elocuente de ello: los tribunales tienen casi siempre a su disposición diferentes elaboraciones dogmáticas para justificar concienzudamente soluciones alternativas, sin que la elección de una u otra implique aparentemente adscribirse a distintas concepciones valorativas. Las consecuencias de esta metodología se perciben claramente cuando un autor de aguda sensibilidad ante problemas axiológicos, como Gimbernat Ordeig, enfrenta la cuestión de qué debe hacer un jurista dogmático cuando se encuentra con leyes extremadamente injustas. Su respuesta es que, si su investigación "científica" no lo conduce a favorecer una interpretación restrictiva de tales leyes, debe abstenerse de publicar sus conclusiones, aunque ellas sean "dogmáticamente correctas". Una vez que se advierte que la dogmática jurídica cumple la función preeminentemente normativa y valorativa de reconstruir el ordenamiento jurídico de acuerdo con ciertos ideales de justicia, el problema que enfrenta este autor se desvanece: no hay conclusiones que sean "dogmáticamente correctas", pero axiológicamente insatisfactorias; el papel del jurista teórico ante leyes injustas es mostrar qué ideales y principios esas leyes contradicen y cuál de sus interpretaciones posibles violentaría menos tales ideales y principios. Lejos de abstenerse de difundir

sus conclusiones, los juristas deberían favorecer el más amplio debate crítico cuando enfrentan leyes que se suponen injustas.

La metodología seguida en la formulación de la actual teoría del delito también ha sido defendida por Zaffaroni en un interesante desarrollo³⁹. Para este autor la teoría del delito es una teoría empírica cuyas proposiciones se verifican determinando si de ellas se pueden inferir disposiciones legales, que son los hechos observables que la ciencia jurídica debe explicar. Sin embargo, esta idea no resiste una clara distinción entre una norma y el hecho, por cierto observable, de que un determinado legislador haya sancionado la norma en cuestión. Por supuesto este último hecho puede ser explicado por una teoría empírica, pero tal teoría tendría una estructura muy distinta de la actual teoría del delito: sería una teoría de índole sociológica, que permitiría explicar por qué el legislador ha promulgado ciertas normas y no otras, y permitiría predecir qué normas serán objeto de sanción legislativa. En cambio, si nos ocupamos de los enunciados normativos mismos y no del hecho de su sanción legislativa, ellos no son hechos y no pueden constituir datos que verifiquen una teoría empírica: sólo se los puede deducir de una teoría *normativa*, ya que las normas no pueden inferirse de proposiciones descriptivas sino de otros enunciados normativos. Aun con esta aclaración, el modelo de teoría del delito que presenta Zaffaroni, según el cual la teoría del delito debe permitir inferir las normas jurídicas positivas, responde a la idea de "la articulación consistente", algunas de cuyas dificultades hemos visto en el capítulo anterior. Según Zaffaroni la metodología seguida por la dogmática penal en la formulación de la teoría del delito no es conceptualista, puesto que la teoría incluye elementos teleológicos al tomar

³⁹ Zaffaroni, E. R., *Teoría del delito*, Bs. As., Ediar, 1973, ver especialmente el cap. I.

en cuenta los bienes jurídicos protegidos⁴⁰. Independientemente de que este “elemento teleológico” se da en forma bastante desdibujada y no es tomado por la actual dogmática penal lo suficientemente en serio para justificar soluciones a problemas específicos, lo cierto es que el carácter conceptualista de la metodología seguida por la dogmática no depende de que ésta defienda o no principios que requieren que los jueces hagan ciertas valoraciones (aunque esto constituye un avance respecto del conceptualismo clásico), sino de la clase de justificación aducida en defensa de tales principios y en favor de darles a ellos un cierto alcance. En la medida en que la dogmática no recurre con ese objeto a justificaciones valorativas sino a un supuesto análisis y combinación de conceptos, su metodología responde a los cánones conceptualistas.

c) La concepción “realista” de los elementos del delito

El punto anterior se conecta con otro rasgo característico de la formulación de la actual teoría del delito: hay una permanente confusión entre los principios de dicha teoría, los juicios fácticos o normativos que esos principios exigen que formulen los tribunales, y las circunstancias de hecho que, según aquellos principios, los juicios que formulan los jueces deben verificar o presuponer. Esto se pone de manifiesto con el frecuente recurso, en la mejor tradición de la jurisprudencia de conceptos, a la fórmula según la cual un elemento del delito “pertenece” a otro. Esta es una manera de hablar sumamente equívoca, ya que el “elemento” en cuestión puede ser tanto un principio de la teoría, como un juicio que la teoría requiere que formule el tribunal, como un concepto abstracto o un conjunto de circunstancias fácticas. Así, tomando a *A* como el elemento continente y a *B* como el elemento que se dice que “pertenece” al primero, a veces *A* es un principio gene-

⁴⁰ Ob. cit., p. 26.

ral de la teoría (como el principio que requiere culpabilidad) y *B* es una circunstancia fáctica cuya presencia exige el principio (como la intención del agente); a veces *A* es nuevamente un principio de la teoría y *B* el juicio que el tribunal debe formular según el mismo principio (como el juicio de reproche que el principio de culpabilidad requiere de los jueces); a veces *A* es ese juicio de los tribunales y *B* son los hechos que él debe verificar o presuponer (como la ausencia de coacción o de necesidad presupuestos por el juicio de reproche que requiere el principio de culpabilidad); y a veces *A* y *B* son clases de hechos, propiedades o hechos particulares, y *B* es un ejemplo particular de *A*, o una propiedad definitoria de *A*, o una subclase de la clase general denotada por *A* (como en la relación entre dolo y conocimiento de la antijuridicidad, o entre dolo y tipo, o entre culpabilidad e imputabilidad). No es aventurado decir que este procedimiento de alquimia conceptual es una de las fuentes de mayor confusión en la actual dogmática penal.

También existe confusión acerca de la naturaleza de los juicios que la teoría exige que los jueces formulen. Por ejemplo, se infiere de la circunstancia que la antijuridicidad es una propiedad normativa de la acción, que el conocimiento del agente acerca de la antijuridicidad de su acción es también una propiedad normativa del agente y, en consecuencia, que consignar tal conocimiento por parte de los tribunales no es describir un hecho sino emitir un juicio de valor. Esto es, obviamente, incorrecto, ya que el que el agente haya comprendido la antijuridicidad de su acción (aun admitiendo que esa "comprensión" exige desplegar cierta facultad estimativa y no es un proceso puramente cognoscitivo⁴¹) es un *hecho* que puede describirse perfectamente sin adoptar ninguna posición valorativa.

⁴¹ Ver Spolansky, N. E., *Imputabilidad y comprensión de la criminalidad*, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", 1968, nº 1, p. 95.

La misma confusión que hemos observado respecto del carácter lógico de la "definición de delito" se proyecta sobre todos los enunciados de la teoría del delito, ya que cualquiera de ellos puede interpretarse alternativamente como un enunciado normativo o como una proposición analítica. Por ejemplo, cuando se dice que una acción requiere voluntariedad, no se sabe si ello representa un análisis del concepto de acción o un requisito normativo para la punición; si se decide lo primero, se puede suponer que la fuerza normativa yace en el requisito de acción, pero ello se presenta nuevamente como un análisis del concepto de delito. Así, defendiendo alternativamente cada proposición como resultado válido del análisis conceptual de otras, toda la teoría se presenta como valorativamente neutra y como un esquema conceptual del cual, sin embargo, surgen mágicamente consecuencias normativas. Esto no solamente afecta al reconocimiento del carácter normativo de la teoría, sino que también perjudica la eficacia y claridad del sistema de conceptos al que la teoría debe recurrir para identificar las situaciones a las que adscribe consecuencias normativas.

La eficacia y claridad del aparato conceptual utilizado también se ven resentidas por el frecuente recurso a consideraciones "ontológicas" para preferir una definición conceptual a otra, sin que, en cambio, se tomen en cuenta consideraciones de utilidad o conveniencia respecto de la forma de presentar los principios y soluciones de la teoría. De este modo se desconoce que los mismos principios y soluciones pueden formularse recurriendo a sistemas conceptuales diferentes. Por ejemplo, si se defiende la tesis de que los partícipes de un acto no doloso no deben ser punibles, no es necesario sostener que el dolo del agente es condición de la tipicidad de su acción; también se puede llegar a la misma solución modificando el concepto de par-

ticipación, de tal modo que se reemplace el principio de la accesoriedad mínima o limitada por el de la accesoriedad máxima (lo cual implica exigir que el autor principal obre dolosamente). Si se defiende la tesis de que el que obró con error culpable de prohibición debe ser castigado con la pena impuesta para el delito doloso pero disminuida de acuerdo con el grado de culpabilidad en el error, no es indispensable sostener que el dolo es independiente de la conciencia de la antijuridicidad, también se podría defender un concepto complejo y graduable de dolo, de tal modo que se decidiera que había obrado con “un grado menor de dolo” quien actuó conociendo los hechos pero con un desconocimiento negligente del derecho (esto podrá parecer escandaloso a quienes están apegados a un enfoque “realista” de los conceptos jurídicos).

Pero esta concepción instrumentalista de los conceptos jurídicos se opone a la concepción favorecida por la dogmática penal, según la cual los conceptos jurídicos no responden a convenciones implícitas en nuestro lenguaje, que es posible alterar por razones de utilidad, sino que están determinados, en cierta forma, por elementos estructurales de la realidad y son susceptibles de ser descubiertos mediante ciertas facultades intelectuales. Esta “concepción mágica del lenguaje”, como la ha denominado Carnap⁴², tiene su origen en el esencialismo platónico y se ha difundido, sobre todo en Alemania, con la teoría de la “naturaleza de las cosas” que ha sido objeto de un brillante análisis crítico de Garzón Valdés⁴³.

La manifestación más sofisticada de esta teoría y la más difundida en el ámbito penal, es la doctrina de las “estructuras lógico-objetivas”, cuyo representante principal ha

⁴² Carnap, R., *La fundamentación lógica de la física*, Bs. As., Sudamericana, 1969, p. 160.

⁴³ Garzón Valdés, E., *Derecho y naturaleza de las cosas*, Córdoba, 1970.

sido Welzel⁴⁴. Este autor parte de ciertas hipótesis plausibles acerca de rasgos básicos de las sociedades humanas que el derecho tiene que tomar en cuenta para ser eficaz, para defender a continuación la tesis, mucho más controvertible, de que hay también otra clase de “hechos” que determinan el contenido posible de las normas jurídicas. Entre esos “hechos” se encuentra preeminentemente, como hemos visto, la estructura finalista de la acción humana. La posible validez de la tesis de Welzel acerca de la noción de acción sólo puede juzgarse si descartamos su fundamentación esencialista, que consiste en una proyección ilegítima de las convenciones lingüísticas corrientes en una supuesta realidad “objetiva”, y la concebimos como una reconstrucción del concepto de acción en uso. En este sentido tiene alguna plausibilidad decir que toda acción es, por definición, intencional, o como lo ha enunciado Davidson en forma mucho más precisa (según veremos en el último capítulo), que sólo cuenta como acción aquella actividad corporal que aparece como intencional en una por los menos de sus posibles descripciones (aunque, como luego veremos, esta caracterización no parece dar cuenta de las acciones realizadas irreflexivamente y por mero hábito). Sin embargo, esta tesis no es de ninguna manera rechazada por los autores no finalistas, que sostienen que para determinar si hubo o no una acción (investigación distinta de determinar qué acción se realizó), el contenido específico de la intención del agente es irrelevante. Esta última idea es perfectamente compatible con la caracterización de la acción como actividad intencional; aunque se admita que para decir que se realizó una acción debe saberse que el agente tuvo alguna intención al actuar, esto no implica que deba determinarse también *cuál* fue su intención particular. Exigir esto último es absurdo; es como

⁴⁴ Ver obras citadas.

decir que para determinar si cierta persona tiene o no hermanos, no sólo debe verificarse si sus padres tuvieron otros hijos, sino también quiénes son esos hijos. Claro está que la cuestión es diferente cuando se trata, no de determinar si el agente ejecutó *una* acción, sino de decidir *cuál* fue la acción que ejecutó (o sea, en el caso del derecho penal, de decidir si el agente ejecutó una determinada acción típica). En este caso, todo depende de la clase de descripción de acción que tomemos en cuenta. Hay descripciones de acciones que exigen una cierta intención; otras que excluyen determinada intención; y otras, incluso, que no exigen ni excluyen intención alguna⁴⁵. La tesis de Welzel se limita a haber puesto de manifiesto, en contra de la versión clásica de la teoría del delito, que cuando una figura delictiva contiene una descripción que exige cierta intención, la tipicidad de la acción no puede determinarse sin verificar la intención específica del agente. Sólo en estos casos, que obviamente no son todos los casos de delitos dolosos, tiene algún sentido la fórmula dogmática de que “el dolo pertenece al tipo” —entendido aquí como “figura delictiva”— (lo que, por supuesto, no excluye que el dolo “pertenezca” también a la culpabilidad, si con ello se quiere decir —en un nuevo giro del significado de “pertenencia”— que el dolo es relevante para decidir si el agente es o no culpable). Pero Welzel asigna a su tesis otra consecuencia que es mucho más importante para la teoría del delito y cuya validez es mucho más controvertible: del hecho de que toda acción sea inherentemente intencional, infiere que para determinar si la acción es o no antijurídica debe tomarse en cuenta la intención del agente. Sin embargo, esto es un *non sequitur*, puesto que del hecho de que un fenómeno incluya necesariamente cierto componente, no

⁴⁵ Me he valido aquí de un desarrollo que propusimos en un trabajo inédito sobre el concepto de acción preparado junto con E. Garzón Valdés, N. E. Spolansky y M. E. Urquijo.

se sigue que sólo se pueda valorar el fenómeno tomando en cuenta tal componente y no se puedan juzgar, aisladamente, otros aspectos de él. Aunque se admita, por ejemplo, que una obra pictórica hace, necesariamente, cierto uso del color, esto no significa que no se pueda abstraer este aspecto y juzgar, pongamos por caso, el empleo que ella hace de las formas geométricas. No parece, pues, haber ningún inconveniente lógico en valorar una cierta acción, para determinados fines, tomando sólo en cuenta sus aspectos "externos", aun cuando se acepte que toda acción es necesariamente intencional. Como la elección entre una concepción "objetiva" y una "subjetiva" de la antijuridicidad responde, según se verá en el capítulo IV, a cuestiones axiológicas sumamente importantes, el desarrollo que discutimos es una muestra muy clara de cómo la metodología conceptualista elude esas cuestiones (sin que por eso implique su empleo que no se toma partido respecto de ellas) bajo la pretensión de que se limita a descubrir la verdadera naturaleza de los conceptos jurídicos.

d) La fundamentación de las exigencias de la teoría

Otro efecto pernicioso del método de la "construcción de conceptos" aplicado a la teoría del delito se advierte claramente con respecto a la fundamentación de la exigencia de dolo o culpa. Es obvio que en la versión clásica de la teoría no se ofrecía un principio general de cuyas exigencias se derivase el requisito de dolo o culpa. La necesidad de formular un principio semejante se hizo sentir cuando los juristas advirtieron que su tratamiento de los casos de culpa inconsciente como casos de culpabilidad y de los casos de coacción y necesidad como casos en que la culpabilidad estaba ausente, implicaba que la culpabilidad no se identificaba con estados psicológicos sino con cierta condición más fundamental, que se satisfacía con la

presencia de dolo y las distintas modalidades de culpa y se lo excluía en situaciones como la coacción y la necesidad. Así nació la teoría normativa de la culpabilidad, que identifica a ésta con la reprochabilidad del agente. En su primera etapa, esta teoría significó el intento más serio de los juristas dogmáticos de ofrecer una justificación sistemática, aunque muy discutible, de la exigencia de dolo o culpa. La justificación es la clásica del retribucionismo: la pena retributiva requiere que el agente haya actuado en forma reprochable (culpable) y esto, a su vez, exige que, entre otras cosas, haya actuado con intención o negligencia. En este contexto, decir que el dolo “pertenece” a la culpabilidad podía razonablemente interpretarse como que la exigencia de dolo se deriva de la exigencia más básica de reprochabilidad, la cual a su vez se justifica a partir de una concepción retribucionista de la pena. Lo único que perjudicaba la claridad de esta fundamentación era la insistencia de los juristas en que el reproche de que se hablaba era un reproche “jurídico” y no “moral”. Esto es difícil de comprender, puesto que un supuesto reproche jurídico sólo puede fundarse en las condiciones que el derecho positivo exige para la responsabilidad penal (o sea que si el derecho establece, por ejemplo, casos de responsabilidad objetiva, el “reproche jurídico” no implicará ningún estado psicológico), y la necesidad de que él se dé no puede servir ni para justificar la exigencia legal de algunas de esas condiciones ni para fundamentar que se tomen en cuenta otras no expresamente previstas por el sistema jurídico. Por otro lado, la justificación retribucionista de la pena está intrínsecamente ligada, como veremos en el capítulo III, a la exigencia de reprobabilidad moral.

De cualquier modo, la justificación del requerimiento de dolo ofrecida por la versión primitiva de la teoría normativa de la culpabilidad quedó desvirtuada con la evolución posterior de la teoría. Como hemos visto, los juristas

comenzaron a sentirse incómodos por el hecho de que la culpabilidad, tal como se la concebía en aquella versión, abarcaba elementos heterogéneos, es decir, era una mezcla de aspectos normativos y fácticos; razón por la cual, el dolo fue “excluido” de la culpabilidad. Obsérvese cómo aquí la metodología conceptualista confundió gravemente a los juristas al obligarlos a que tomaran en serio la imagen de un elemento del delito como formando parte de otro. Si la idea de que el dolo “pertenece” a la culpabilidad (concebida como reprochabilidad) tenía algún sentido, ella sólo podía interpretársela, según hemos visto, como que del principio que exige la reprochabilidad se deriva la exigencia de dolo, o que el juicio normativo de reproche que el juez tiene que formular presupone un juicio descriptivo acerca de la presencia de la intención. En todo esto no hay ningún problema lógico debido a una “mezcla de elementos heterogéneos en el mismo concepto”. La discusión de esta cuestión resultó agravada con la confusión, ya apuntada, respecto del carácter de los juicios acerca de la imputabilidad y comprensión de la criminalidad del agente, que se los supuso, incorrectamente, enunciados normativos, compatibles, ellos sí, con el juicio de culpabilidad.

Si la idea de que el dolo “pertenece” a la culpabilidad significaba que la exigencia de dolo se sigue del requisito básico de reprochabilidad, la nueva concepción según la cual el dolo no forma parte de la culpabilidad sólo puede interpretarse (si se pretende que reemplaza a la anterior) sosteniendo que el fundamento para exigir el dolo no es ya la exigencia de reprochabilidad (vinculada a una justificación retribucionista de la pena). ¿Cuál es ahora ese fundamento? Se dice que el dolo, en vez de “pertenecer” a la culpabilidad, “forma parte” del tipo. ¿Significa esto que el requisito del dolo se sigue de la exigencia básica de *tipicidad*? Según vimos, la tipicidad *como condición de responsabilidad penal*, está vinculada sólo con el concepto de

“tipo-garantía”, o sea, con la exigencia de que la acción punible pueda subsumirse estrictamente en una descripción relativamente precisa contenida en una ley no retroactiva. Es obvio que de esta exigencia no puede seguirse el requisito de dolo cuando la descripción legal no lo menciona. Los juristas piensan, evidentemente, en el concepto de “tipo-sistemático”, cuando dicen que el dolo “pertenece” al tipo, pero, como ya se dijo, este concepto no describe alguna exigencia básica de responsabilidad penal de la que se pueda inferir el requisito del dolo, sino que sirve para definir el alcance de ese mismo requisito, el que debe fundamentarse sobre la base de otras consideraciones. De modo que, mediante este malabarismo conceptual se ha desvanecido el fundamento para requerir dolo dentro del marco de la teoría del delito. Por supuesto que los dogmáticos penales siguen suponiendo una justificación retribucionista de la pena detrás de la exigencia del dolo, pero esta justificación no opera ya sistemáticamente en el contexto de la teoría a través del requisito básico de culpabilidad o reprochabilidad, que ahora está desvinculado de la exigencia del dolo.

Este tema se relaciona con un punto crucial de la teoría vigente del delito. El enfoque conceptualista ha impedido ver con claridad que la pregunta básica que debe formularse para proceder a sistematizar las diferentes distinciones que la teoría propone, es simplemente la siguiente: ¿para qué sirve el concepto de tipo, una vez que éste se distingue de la descripción legal de la conducta punible y de la exigencia liberal (expresada en el requisito de tipicidad) de que la acción por la cual se hace penalmente responsable a alguien debe poder ser subsumida estrictamente en tal descripción? En la exposición anterior he asumido que la función principal de un concepto destinado a discriminar *algunos* aspectos de la descripción legal o figura delictiva debe ser fijar un criterio para determinar la

referencia fáctica de las actitudes subjetivas exigidas (aunque puede tener otras funciones secundarias, como la de circunscribir los hechos respecto de los cuales puede darse participación punible). La idea obvia que fundamenta esta hipótesis es que el agente no tiene necesariamente que conocer ciertas circunstancias periféricas mencionadas por la descripción legal, por ejemplo, las llamadas condiciones objetivas de punibilidad. Pero este aserto es más bien el resultado de una interpretación libre de afirmaciones dispersas de los teóricos penales y de la vinculación que hace Beling entre el concepto de *Tatbestand* y su empleo por el art. 59 del antiguo Código alemán. Raramente se percibe que los cultores de esta teoría del delito tomen en cuenta, a lo largo de toda la discusión sobre el concepto de tipo, que esta función es la *razón de ser* de tal concepto. Se siguen introduciendo en esa discusión referencias al principio *nullum crimen* y afirmaciones que parecen más bien vinculadas con la noción de figura delictiva (como, precisamente, la afirmación de que el dolo pertenece al tipo). Aunque se distingue el “tipo sistemático” del “tipo de garantía”, no siempre se identifica el primero con el llamado “tipo de error”⁴⁶. Si se hubiera tenido presente todo el tiempo cuál es la pregunta a que se debe responder para delinear el concepto de tipo y a tal pregunta se le hubiera dado explícitamente la respuesta que sugiero, se habría advertido que el interrogante siguiente que debe plantearse es éste: ¿cómo debe construirse el tipo correspondiente a cada figura delictiva o, en otras palabras, con arreglo a qué criterio deben circunscribirse las circunstancias que el

⁴⁶ Ver, por ejemplo, Bacigalupo, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Bs. As., Astrea, 1974, p. 32, y *Fundamentación del concepto de tipo penal en la dogmática argentina*, relato presentado en las Jornadas Internacionales de Derecho Penal organizadas en 1971 por la Universidad de Belgrano. A pesar de que Bacigalupo hace una esclarecedora distinción entre el “tipo-garantía” y el “tipo de error” no se advierte cuál es el propósito de distinguir un “tipo sistemático” que no se identifica con este último (por incluir el dolo).

actor debe conocer, distinguiéndoselas de otras, como las condiciones objetivas de punibilidad? En la exposición de las formulaciones ulteriores de la teoría del delito, he supuesto, apoyándome en algunas citas, que la respuesta moderna a tal interrogante es: forman parte del tipo y, en consecuencia, deben ser abarcadas por las actitudes subjetivas del agente sólo aquellas circunstancias que sean relevantes para la antijuridicidad de la acción. Pero esta hipótesis fue también el resultado de una reconstrucción bastante generosa de algunas enunciaciones que los juristas penales formulan en forma relativamente críptica y de presumir que el desarrollo razonable de otras modificaciones introducidas en la teoría debía conducir a esta conclusión. Sin embargo, hasta los teóricos mismos que sostienen una relación "esencial" entre tipo y antijuridicidad se expresan en forma por demás confusa: afirman que el tipo es la *ratio essendi* de la antijuridicidad, cuando, si mi interpretación es acertada, deberían afirmar exactamente lo opuesto: que la antijuridicidad es la *ratio essendi* del tipo, ya que determina su contenido. Además, aun los autores que parecen adoptar más explícitamente este criterio para definir el tipo (como Welzel⁴⁷, que lo caracteriza como la "materia de prohibición"), se niegan a admitir, por razones insubstanciales que he discutido en otro trabajo⁴⁸, que las circunstancias de hecho que determinan las justificaciones, y por lo tanto excluyen la antijuridicidad, pertenecen al tipo.

Estas confusiones se ven agravadas por una explicación obscura e inadecuada del concepto de antijuridicidad. Aunque la vinculación de este concepto con la lesión a bienes jurídicamente protegidos y con la violación de normas prohibitivas que subyacen a los preceptos penales, su-

⁴⁷ Welzel, Hans, *El nuevo sistema de derecho penal*, tr. A. Cerezo Mir, Barcelona, 1964, p. 46.

⁴⁸ Nino, C. S., *La pequeña historia del dolo y el tipo*, LL, 148-1063 y siguientes.

giere ideas sumamente interesantes, ellas no fueron desarrolladas suficientemente y explicitadas con precisión. No se ha ofrecido un criterio operativo para determinar en cada caso si una conducta es o no antijurídica independientemente de la existencia de una causa de justificación prevista en el derecho positivo. Aun quienes, por profesar un positivismo ideológico⁴⁹, sostienen que no deben reconocerse más causas de justificación que las indicadas en la ley vigente, tienen que coincidir en que contar con tal criterio es necesario, tanto para evaluar *de lege ferenda* el régimen legal de las justificaciones, como para determinar su alcance preciso. La caracterización de los bienes jurídicos en forma genérica y vaga, siguiendo por lo común los títulos de la parte especial de los códigos penales, no es eficaz para suministrar tal criterio operativo (cualquier homicidio, por ejemplo, lesiona, por definición, la vida hu-

⁴⁹ El positivismo "ideológico" se distingue del positivismo "metodológico" por el hecho de que, mientras este segundo se limita a sostener que el derecho de un país debe identificarse sobre la base de propiedades puramente fácticas y no valorativas y no abre juicio acerca de la cuestión de moralidad política de si los jueces deben reconocer y aplicar toda norma jurídica positiva y sólo normas jurídicas positivas, el positivismo ideológico es una concepción valorativa según la cual los jueces deben limitarse a aplicar el derecho positivo y nada más que el derecho positivo. Autores como Bentham, Kelsen (a pesar de ciertas inconsistencias en su enfoque), Ross y Hart son positivistas en el sentido metodológico y no en el ideológico. La idea de que no se deben admitir otras causas de justificación que las reconocidas por el derecho positivo responde al positivismo ideológico, porque, en última instancia, se asienta sobre el presupuesto de que los jueces no deben reconocer en sus decisiones otras normas que las jurídicas positivas. Como vimos en la Introducción, esta pretensión es de imposible cumplimiento cuando el derecho es indeterminado, y aun cuando el derecho contiene una solución cierta, la justificación de decisiones judiciales requiere, en última instancia, trasponer el umbral de los meros hechos en que el derecho positivo consiste (bajo una definición positivista), acudiendo a consideraciones valorativas. Evidentemente, se podría decir que si la teoría jurídica se limita a describir el derecho vigente, no puede dar cuenta de otras causas de justificación que las admitidas en el sistema, incluidas las que se originan en normas jurisprudenciales; pero si la teoría del delito es una teoría *normativa* que pretende guiar a los jueces (como creo que lo es, en contra de lo que suelen declarar los cultores de la teoría general del delito continental), queda abierta la cuestión de si debe defenderse o no un reconocimiento judicial de otras causas de justificación que las previstas en la ley. Ver nota 32.

mana; la cuestión es si la lesiona en la forma en que cierto precepto penal buscó protegerla). El recurrir a ciertas normas prohibitivas subyacentes a la ley penal es ineficaz en la medida en que no se determine con suficiente claridad la forma de inferir tales normas. Los que apoyan la solución "legalista" de inferirlas del conjunto del derecho positivo, nunca han mostrado satisfactoriamente cómo opera ese procedimiento en casos concretos y cómo puede evitarse la posibilidad de que del conjunto del derecho positivo se infieran normas de antijuridicidad contradictorias. Los que se adhieren a un positivismo moral que conduce a buscar esas normas en las pautas de cultura vigentes en la sociedad, como M. E. Mayer⁵⁰, no han aclarado cómo lidiar con las diferencias axiológicas entre los diferentes grupos sociales, con los prejuicios en que acaso se funden muchas pautas sociales y con la ignorancia e indiferencia acerca del sentido de las normas penales. Los que recurren a fórmulas de una moral crítica —como la doctrina de "el medio justo para un fin justo" de Dohna⁵¹—, no han mostrado cómo ellas se aplican a las leyes relativamente injustas, ni han suministrado reglas suficientemente precisas para resolver casos concretos.

A pesar de estas objeciones bastante drásticas, creo que la teoría del delito vigente constituye un esfuerzo muy valioso por elaborar una estrategia para reformular el derecho penal positivo, que ha conducido a la adopción de soluciones que podrían ser defendibles a la luz de principios normativos que la dogmática actual no hace explícitos.

Además de la relativa adecuación axiológica de muchas de las soluciones propuestas, la teoría del delito vigente incluye algunas distinciones básicas que considero

⁵⁰ Mayer, Max E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, Schletter, 1903.

⁵¹ Dohna, A., Graf zu, *La ilicitud*, tr. F. Ballvé, México, Jurídica, 1959.

provechosas, aunque deban ser objeto de formulaciones más precisas.

Una de ellas es el requisito de la antijuridicidad, en contraste con la mera correspondencia de la acción con la descripción del precepto penal. Creo que esta idea, una vez liberada de obscuras connotaciones metafísicas y completamente explyada y expuesta en todas sus consecuencias, es un importante recurso para lograr pautas racionales y no ritualistas para la aplicación de leyes penales a casos particulares.

Otra valiosa distinción es el concepto de tipo o núcleo del delito, entendido como el conjunto de circunstancias mencionadas por la descripción legal que inciden en la antijuridicidad de la acción y cuya función principal es proveer un criterio para circunscribir los hechos que el agente debe conocer. Como veremos más adelante, contar con una noción semejante (aunque más claramente definida que en la actual teoría del delito y radicalmente diferenciada de otros conceptos con los que se la suele confundir), es muy útil para resolver varios problemas de responsabilidad penal.

No es menos importante el aporte de la teoría del delito vigente al llamar la atención sobre las diferencias entre distintas defensas que determinan la impunidad del agente y al proveer una clasificación satisfactoria de ellas. A esto se agrega el reconocimiento general de un amplio conjunto de justificaciones y excusas que, como luego veremos, son esenciales para un enfoque liberal e individualista del derecho penal. También debe destacarse el énfasis puesto en la necesidad de requerir algún modo de actitud subjetiva respecto del *status* jurídico de la conducta. Algunas discusiones dogmáticas acerca de la imputabilidad son sumamente esclarecedoras y merecen cuidadosa atención.

No puede desconocerse tampoco la notable sofisticación de los criterios ofrecidos para encarar problemas rela-

tivos a la tentativa, la participación y el concurso de delitos, aunque en estos tópicos, como en todos los demás, la eficacia de tales criterios se resiente por no vincularlos explícitamente con principios axiológicos básicos.

Es mi propósito aprovechar muchas de estas contribuciones de la actual teoría del delito, aunque evitando incurrir en los defectos metodológicos que afectan su formulación, en el esquema teórico que será delineado en la segunda parte de este trabajo. La incorporación de tales aportes estará supeditada a su utilidad para desarrollar las consecuencias del conjunto de principios normativos que constituyen la base de la teoría cuyos lineamientos voy a exponer. Cuando la necesidad de evitar la perpetuación de las confusiones que afectan a la actual dogmática penal aconseje acuñar una nueva terminología para referirse a distinciones entrevistas en la teoría del delito vigente, esto será hecho sin pretender que la distinción subyacente sea original.

Pero antes de proceder a esta labor constructiva, creo conveniente examinar otro enfoque de los problemas de responsabilidad penal: el enfoque "intuicionista" vigente en el mundo anglosajón y principalmente en Inglaterra. El examen de este enfoque diferente se hará en relación a ciertos tópicos específicos e irá precedido en cada caso, a los efectos de una comparación que ponga de manifiesto las ventajas e inconvenientes de ambos enfoques, de una referencia al tratamiento que hace de esos tópicos la dogmática penal continental europea.

CAPÍTULO II

EL ENFOQUE INTUICIONISTA

El tratamiento de algunas cuestiones de responsabilidad penal en el derecho inglés y su comparación con los criterios de la teoría continental europea

A. INTRODUCCIÓN

Para mostrar cómo se encara en el mundo anglosajón y en especial en Inglaterra la reconstrucción del sistema penal, en lo que atañe a las condiciones generales de responsabilidad penal, tomaré como ejemplo algunas observaciones concernientes al requisito de actitudes subjetivas. Los problemas que voy a considerar son: la delimitación de las circunstancias del hecho a las que tales actitudes subjetivas deben referirse; la definición de las actitudes subjetivas exigidas; la relevancia de los motivos; el tratamiento del error de derecho; las excepciones admitidas al requisito de conocimiento de los hechos. En cada caso, la referencia al desarrollo que se ha producido en el derecho inglés irá precedida, a fin de advertir semejanzas y diferencias, de una noticia sucinta de los análisis que se han propuesto paralelamente en el contexto de la teoría general del delito continental europea.

Antes de emprender esta tarea, conviene hacer algunos comentarios sobre la estructura del derecho penal inglés, que sólo con cierta cautela puede extenderse al de otros países del mundo anglosajón, y acerca del esquema conceptual que se emplea en el análisis de problemas de responsabilidad penal.

Hay tres características generales que, en conjunto, distinguen al derecho inglés prácticamente de todos los demás sistemas jurídicos vigentes: primero, la ausencia de una constitución escrita que restrinja las facultades del poder legislativo y formule con relativa precisión principios generales que los tribunales deban tener en cuenta. Segundo, la importancia concedida a los precedentes judiciales como fuente de normas válidas. Tercero, el hecho de que la tarea de elaborar teorías y principios para reformular el derecho positivo a los efectos de aplicación judicial sea, fundamentalmente, encarada por los jueces mismos, en tanto que los juristas teóricos se limitan, en general, a describir y sistematizar las normas jurídicas vigentes y las interpretaciones de los tribunales. La primera característica distingue al derecho inglés de otros sistemas anglosajones, como el norteamericano, en el que, por ejemplo, muchas conclusiones acerca de los requisitos generales de responsabilidad penal son inferidas de exigencias constitucionales, como la que requiere "un debido proceso legal". En cuanto a la última característica, ella hace que para contrastar las ideas sobre las condiciones de responsabilidad penal difundidas en torno al derecho inglés, con las ideas paralelas sugeridas por juristas continentales, haya que tomar en cuenta, principalmente, los desarrollos contenidos en la fundamentación de decisiones judiciales y sólo secundariamente las opiniones de juristas teóricos (la fundamentación de las decisiones judiciales suele ser mucho más minuciosa y extensa que en los países de tradición continental, y en ella sólo raramente se alude a opiniones

de profesores de derecho contemporáneos, que se ven de ese modo desalentados a formular opiniones *de sententia ferenda*). La segunda característica distintiva, la relevancia de los precedentes judiciales, merece un tratamiento aparte en relación al derecho penal.

El llamado *common law* es, según dice Cross¹, la parte del derecho inglés que no es el resultado de la legislación, sino que se originó en la costumbres sociales y fue unificado y desarrollado en las decisiones de los tribunales. La doctrina del precedente establece, en su forma tradicional, que los jueces deben seguir como obligatorias las reglas inferidas de la *ratio decidendi* de las decisiones judiciales anteriores del mismo tribunal o de los tribunales de mayor jerarquía (los jueces inferiores no están obligados a acatar precedentes de otros jueces del mismo nivel). Pero esta doctrina fue desdibujándose con el tiempo. En el caso "Young v. Bristol Aeroplane Co." (1944), 2 All E. R. 446, se estableció que la Cámara de Apelaciones puede apartarse de sus propios precedentes cuando haya dos precedentes opuestos, cuando el precedente, aunque no descalificado explícitamente, no se compadezca con una decisión posterior de la Cámara de los Lores, y cuando el precedente se estableció desatendiendo otros precedentes o leyes relevantes. A su vez, la Cámara de los Lores, que es el tribunal supremo del reino, fue todavía más lejos, estableciendo en una acordada, *Practice Statement* (3 All E.R. 77) de 1966, que no está ya obligada por sus propios precedentes, aunque recomendó cautela, especialmente en el derecho penal, en el ejercicio de esta facultad de apartarse de decisiones anteriores. Cuando hay juicio por jurado (que en el derecho penal ocurre en los delitos graves calificados de *indictable*), lo que obliga es la directiva del

¹ Cross, Rupert, *Introduction to Criminal Law*, 8ª ed., act. por P. A. Jones y R. I. Card, Londres, 1976, p. 7.

tribunal al jurado respecto del derecho aplicable; en la decisión por el tribunal de apelación, sólo son obligatorios los comentarios acerca de dicha directiva (otros comentarios son considerados *obiter dicta*, o sea enunciados no necesarios para la decisión: la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dictum* es sumamente controvertida).

Una parte importante de las normas penales vigentes en Inglaterra tiene su origen en el *common law*, especialmente en precedentes originados entre los siglos XII y XIV; algunos delitos menores tienen su fuente en precedentes posteriores. Varios de estos precedentes fueron derogados, modificados o precisados por leyes posteriores, pero todavía hay casos relevantes en que la definición de un delito y la estipulación de una cierta pena, o sólo el primer aspecto, está determinado exclusivamente por precedentes. Así ocurre, por ejemplo, con la figura equivalente al homicidio doloso (*murder*), cuya definición surge del *common law*, aunque la pena esté establecida legislativamente. La acumulación de precedentes que definen los elementos de una figura delictiva otorga a la definición en cuestión una considerable precisión y complejidad. Con el tiempo, fueron sancionándose por vía legislativa cada vez más normas penales, creando nuevos delitos o re-definiendo otros ya existentes en el *common law*, o fijando penas para tales delitos sin definirlos. Tienen especial importancia: la ley acerca de delitos contra las personas (*Offences Against the Person Act*) de 1861, la ley de falsificación (*Forgery Act*) de 1913, la ley de hurto (*Theft Act*) —que cubre en realidad casi todos los delitos contra la propiedad— de 1968, y la ley acerca del delito de daño (*Criminal Damage Act*), de 1971; además, multitud de otras leyes referentes a diversos tópicos incluyen figuras penales. Hubo proyectos de códigos penales en 1878, 1879 y 1880, que no lograron ser sancionados legislativamente. Existe una comisión oficial —Law Commission— para la reforma del derecho pe-

nal que ha emitido diversos dictámenes, sobre todo acerca de las condiciones generales de responsabilidad penal, algunos de los cuales han sido recogidos en leyes del Parlamento, como la *Criminal Law Act* de 1967. Los principios generales de responsabilidad penal continúan siendo, en buena medida, materia de precedentes. Los precedentes son también relevantes en cuanto se refieren a la interpretación de las normas penales de origen legislativo. O sea que el *common law* regula todavía la responsabilidad penal en los siguientes aspectos: proveyendo normas penales en el caso de unos pocos, pero importantes delitos; definiendo los elementos de la figura delictiva en el caso de delitos cuya pena está fijada legislativamente; dando lugar a la mayoría de los principios generales acerca de las condiciones generales de responsabilidad penal; suministrando interpretaciones de normas penales legislativas.

Durante mucho tiempo, la antigüedad de los precedentes que definen figuras delictivas, permitió a los jueces ingleses asumir la compatibilidad entre el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* y la doctrina del precedente, presuponiendo que los actuales tribunales no están autorizados (como lo estaban sus predecesores medievales, que, de cualquier modo, pretendían recoger normas consuetudinarias vigentes) a sancionar retroactivamente figuras delictivas y sus correspondientes remedios penales. Sin embargo, en 1962 la decisión de la Cámara de los Lores en el caso "Shaw" (1962) A.C. 220, embistió violentamente contra este tranquilizador sobrentendido, provocando un gran escándalo en la opinión pública y los medios jurídicos. Se trataba de un caso en el que los procesados habían publicado una guía con avisos ilustrados de prostitutas, siendo acusados de asociación ilícita para corromper la moral pública, figura que no estaba definida en ley o precedente alguno (aunque el delito de asociarse dos o más personas para cometer *actos ilegales* sí estaba defi-

nido en el *common law*). La Cámara de los Lores confirmó la sentencia condenatoria, diciendo entre otras cosas, a través del Vizconde Simonds, lo siguiente: “En la esfera del derecho penal no tengo duda de que los jueces mantienen un poder residual para hacer efectivo el propósito supremo y fundamental del derecho, para conservar no sólo la seguridad y el orden sino también el bienestar moral del Estado, y que es su deber resguardarlo contra ataques que pueden ser tanto más insidiosos cuando más novedosos son y menos preparados se está para lidiar contra ellos”. A su vez Lord Tucker sostuvo, en el mismo fallo, que los precedentes sobre la materia no implican necesariamente que el delito de asociación ilícita —*conspiracy*— se refiera sólo a un acuerdo para cometer delitos, sino que permiten la conclusión de que puede extenderse a acuerdos para cometer actos gravemente inmorales. A causa de la fuerte reacción en contra de esta decisión, posteriormente la Cámara de los Lores, en el caso “Knulier” (1972) 2 All E.R. 898, se retractó de la doctrina sentada en aquélla, aunque se negó a dejar de lado el precedente establecido por “Shaw”. En “Knulier” se trataba de la publicación de una revista con avisos de homosexuales; a los editores se los acusó también de asociación ilícita para corromper la moral pública, a pesar de que las prácticas homosexuales mismas habían sido desincriminadas unos años antes. La Cámara de los Lores decidió que si bien el caso “Shaw” era incorrecto, ya que no existe el alegado poder residual de los jueces de crear figuras delictivas o ampliar las existentes, ese caso constituye, de cualquier modo, un precedente que obliga a dar por existente el delito de asociación ilícita para corromper la moral pública, no habiendo razón (dada la necesidad de certeza que la doctrina de “Shaw” desconoce y el hecho de que ese precedente había sido empleado en más de 30 condenas en el ínterin) para derogarlo haciendo uso de la facultad autoasumida en la acor-

dada de 1966. A pesar de que “Knüller” concede validez a la norma penal creada a través de “Shaw”, descalifica el poder invocado en “Shaw” para crear esa norma; después de este fallo, se considera improbable que se vuelva a invocar tal poder, ya que “Knüller” mismo constituye un precedente en sentido contrario.

En cuanto al esquema conceptual empleado para clasificar las condiciones generales de responsabilidad penal, éste es muy simple y consiste en subsumir los elementos de todo delito en las categorías de *actus reus* y de *mens rea*. El *actus reus* comprende todas las circunstancias de hecho objetivas y externas requeridas para imponer responsabilidad penal, mientras que la *mens rea* abarca las condiciones de orden subjetivo o anímico. Esto guarda cierto paralelo con la distinción continental entre tipo y culpabilidad, pero hay una diferencia notable en la importancia concedida a esta distinción en Inglaterra, como lo muestran estas palabras de Rupert Cross²: “No sólo la máxima *actus non facit reum, nisi mens sit rea* sirve al objetivo importante de enfatizar dos requerimientos básicos de responsabilidad penal, sino que sugiere también un esquema útil para analizar las definiciones de delitos específicos. . . . Es, sin embargo, sumamente importante que no se deje que esta máxima se convierta en el dueño en vez de ser la herramienta del jurista penal. Una explicación perfectamente coherente del derecho penal puede darse sin ella, y algunas veces se pierde tiempo en la consideración de preguntas sin sentido concernientes al rubro bajo el cual deben discutirse incontrovertibles requisitos o excepciones de responsabilidad penal. Así, no hay duda de que el automatismo excusable es generalmente una defensa, aunque el procesado sea capaz. . . . Ningún objetivo útil se logra con la consideración de si el requerimiento de que el

² Ob. cit., p. 27.

procesado haya actuado voluntariamente, por ejemplo sin automatismo, está relacionado con el *actus reus* o con la *mens rea*". (Es de imaginar cómo reaccionaría este autor ante las discusiones que se dan en el contexto de la teoría continental del delito acerca de la "pertenencia" de un elemento del delito a otro.)

El paralelo entre estos dos pares de conceptos (*actus reus* y tipo, por un lado, y *mens rea* y culpabilidad por el otro) es más cercano en relación a la clásica caracterización de tipo y culpabilidad que en relación a la moderna. Como ya vimos, Beling clasificó las circunstancias externas como parte del tipo y las actitudes subjetivas como parte de la culpabilidad, mientras que en la versión actual, el tipo abarca todas las circunstancias fácticas del delito (objetivas y subjetivas) y la culpabilidad consiste en juicios normativos sobre dichas circunstancias.

Pero incluso la noción clásica de tipo era fundamentalmente diferente del concepto de *actus reus* en dos aspectos. Primero, el concepto de tipo fue propuesto por Beling, siguiendo al art. 59 del Cód. Penal alemán, para delimitar las circunstancias externas que el agente debe conocer o descuidar; mientras que el concepto de *actus reus* abarca absolutamente todas las circunstancias no psíquicas que sean condición de responsabilidad criminal, independientemente de la actitud subjetiva que el agente debe tener respecto de ellas. Segundo, *actus reus* es una noción a la que se recurre para destacar la necesidad de un acto externo voluntario; en cambio, la teoría continental del delito incorpora este requisito como parte de la exigencia independiente de acción; naturalmente, se sostiene en última instancia que la acción es parte del tipo, pero esta conclusión se formula no tanto para exigir que una acción debe haber ocurrido como para determinar el alcance del conocimiento exigido. Como hemos visto, la noción de tipo, a diferencia de la de *actus reus*, se emplea

con el propósito principal de delimitar más precisamente el requisito de culpabilidad.

Cuando en el derecho inglés se dice que el *actus* debe ser *reus*, lo que se pretende señalar es que las circunstancias del acto deben describirse como condiciones de punibilidad en una norma jurídica precisa, principio comprendido por la teoría del delito en el requisito de tipicidad (en el sentido relacionado con el principio de legalidad). Una interpretación de *reus* que podría servir, como lo hace el concepto de antijuridicidad continental, para establecer una fundamentación de las causas de justificación y para discriminar entre distintas clases de condiciones de la pena no ha sido elaborada explícitamente en el derecho inglés como algo diferente del requisito de que la conducta criminal esté legalmente descripta.

Con relación a las nociones de *mens rea* y culpabilidad hay una curiosa coincidencia entre la antigua concepción del derecho inglés y la moderna teoría continental del delito, y entre la clásica versión de ésta y la orientación actual de la doctrina inglesa. Según autores como Turner³, el requisito de *mens rea* expresaba la exigencia de una mente culpable, esto es, de actitudes subjetivas que hacen al agente moralmente reprochable. Esto es bastante análogo a la "teoría normativa de la culpabilidad", que identifica culpabilidad con reprochabilidad (sin reconocer, empero, que la reprochabilidad debe ser moral). La actual orientación del derecho inglés, por otro lado, identifica *mens rea* con ciertas actitudes subjetivas particulares sin incluir aparentemente, como parte de su caracterización, algún requisito más básico (como una actitud mental reprochable) del cual se derive la necesidad de aquellos estados psíquicos. Esto tiene cierta similitud con la con-

³ Ver Turner, *The Mental Element in Crimes at Common Law*, en Rudzinowicz, L. y Turner, J. W. C., eds., "The Modern Approach to Criminal Law", Londres, 1945, p. 202 y 212.

cepción de Beling, según la cual la culpabilidad era equivalente a imputabilidad más dolo o culpa, sin vincular lógicamente este concepto con un requisito básico de responsabilidad penal del cual se infiera la exigencia de esos estados subjetivos.

El derecho inglés no concede a la distinción entre excusas y justificaciones la misma relevancia que le otorga la teoría continental; en consecuencia, no se reconocen efectos substancialmente distintos para una y otra clase de defensas.

Conectado con los dos puntos precedentes está el hecho de que el enfoque inglés no muestra la misma preocupación que el continental por clasificar las excepciones de responsabilidad criminal de acuerdo con su distinta fundamentación y por presentar estas excepciones como excluyentes de distintos elementos del delito ⁴.

Antes de pasar al examen de los temas específicos en relación a los cuales se comparará el enfoque inglés con el de la teoría continental, es conveniente llamar la atención del lector sobre este punto: muchas de las soluciones propuestas en el contexto del derecho inglés resultarán chocantes para quien está habituado a asumir la inviolabilidad de ciertos principios considerados esenciales a un derecho penal liberal. Es probable que esta reacción esté justificada; pero vale la pena tener presente que hay muy pocos países en el mundo en que las garantías individuales reciban la misma protección que en Inglaterra. Esto se debe más a las reglas y prácticas procesales de ejecución penal y de actuación de los órganos de investigación y prevención que a los principios substantivos de responsabilidad penal. Tal vez ello demuestre que la discusión de aque-

⁴ Por ejemplo, la legítima defensa, el estado de necesidad, el ejercicio de un derecho, etc., no están explícitamente presentados como negaciones de cierta condición constante de responsabilidad criminal (tal como se dice, por ejemplo, que el error excluye la *mens rea*).

llas normas y procedimientos es más importante que el examen de estos últimos principios, que constituye el objeto de este trabajo.

B. LA SELECCIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS QUE EL AGENTE TIENE QUE CONOCER O DEBERÍA HABER CONOCIDO

A primera vista este tema no parece presentar problema alguno. Si se acepta que los delitos deben cometerse dolosa o culposamente, entonces parece que se debe exigir que el agente haya conocido o haya podido conocer *todas* las circunstancias que son condiciones de punibilidad.

Sin embargo, pueden haber dudas fundadas acerca de la razonabilidad de una extensión tan indiscriminada del requisito de actitudes subjetivas. Por ejemplo, ciertas reglas procesales deben cumplirse antes de condenar a alguien, pero es al menos dudoso que el procesado necesite conocer o prever los procedimientos que condicionan la imposición de una pena. Más aún, hay condiciones de punibilidad que no son propiamente procedimentales, pero aun así no es claro que el agente deba conocerlas o ser negligente respecto de ellas. Por ejemplo, supongamos que una ley exime ciertos delitos de pena durante la vigencia de un estado de guerra (tal vez para no privar a las fuerzas armadas de hombres que les son necesarios), ¿deberá ser excusado quien crea incorrectamente que su país está en guerra? Se puede seguir dando ejemplos capaces de suscitar diversos grados de duda: ¿debería estar exento de pena, en base a la inmunidad diplomática, quien se cree diplomático ignorando haber sido excluido del servicio en el momento de cometer el delito? Quien desconoce que recayó sentencia válida de divorcio, ¿debería ser excusado por el adulterio cometido (en los países donde existe tal delito, y su punibilidad depende de una previa sentencia de divorcio por causa de tal adulterio)? ¿Debe-

ría quedar impune quien hurtó lo que equivocadamente creía que era de su hermano, si la ley declara no punibles los hurtos entre parientes cercanos para evitar la alteración del orden familiar?

Tal vez hay quienes aun frente a estos casos, están dispuestos a mantener un alcance ilimitado para el requisito de actitudes subjetivas, pero muchos tendrán dudas en relación a uno u otro caso. Y si admitimos que pueden existir algunas condiciones positivas o negativas de la pena que el agente no tiene por qué conocer o descuidar, para ser punible, necesitamos algún criterio objetivo para distinguirlas.

No parece adecuado el criterio que establece que solamente las circunstancias descriptas por la ley penal deben ser conocidas o descuidadas por el agente, y no las exigidas por reglas de excepción o de orden procesal, pues tal criterio se basa en factores accidentales, como la forma en que las leyes están redactadas; además no es fácil aplicar este criterio, ya que algunas reglas penales mezclan condiciones de punibilidad substanciales y procedimentales, positivas y negativas. Se podría decir también que sólo deben ser conocidas por el actor las condiciones de punibilidad *que sean parte del delito*, pero de ese modo se eludiría la respuesta, ya que lo que necesitamos saber es precisamente qué es lo que forma parte del delito y qué es lo que no forma parte de él.

Como vimos en el capítulo I, la teoría continental del delito enfrentó este problema casi desde sus comienzos y la noción del tipo de Beling fue diseñada para resolverlo (siguiendo al art. 59 del Cód. Penal alemán). Únicamente las circunstancias que son parte del tipo deben ser conocidas o descuidadas por el agente; el resto de las condiciones de punibilidad no necesitan ser abarcadas por sus actitudes subjetivas y son, por lo tanto, "objetivas".

Pero también vimos que Beling no dio ninguna defi-

nición operativa de tipo, presentando sólo una enumeración de ejemplos de circunstancias que deben considerarse fuera del tipo (como la declaración judicial de quiebra en el delito de quiebra fraudulenta, la muerte de una persona que califica al delito de tomar parte en una riña, la muerte de la víctima en el homicidio preterintencional, etcétera).

Fue precisamente el homicidio preterintencional el que provocó más discusiones entre juristas y jueces que, en cambio, estaban de acuerdo acerca de otras circunstancias que el autor no debe conocer, aunque sin ofrecer un criterio explícito para su discriminación. Últimamente prevalece la idea de que la muerte de la víctima es parte del tipo de homicidio preterintencional y, consecuentemente, que el agente debió —al menos— haber sido negligente respecto de ella.

Un criterio para delimitar las circunstancias que forman parte del tipo y, en consecuencia, que deben ser conocidas o descuidadas por el agente ha sido vagamente sugerido, como hemos visto, por algunos juristas modernos, al definir el tipo como el conjunto de circunstancias que determinan la antijuridicidad de la conducta. Muy raramente los juristas han precisado y particularizado este criterio. Podemos, sin embargo, encontrar algunos ejemplos del uso de este criterio, como cuando E. Bacigalupo⁵ sostiene que la declaración judicial de quiebra es parte del tipo de quiebra fraudulenta y debe ser conocida por el agente, ya que, sin tal declaración, los actos descriptos por la ley son perfectamente legítimos y normales en las transacciones comerciales.

Con este criterio se puede inferir en ciertos casos qué es y qué no es lo que forma parte del tipo, aun sin contar con una definición operativa de la antijuridicidad. Así, por un lado, se puede presumir que, por ejemplo, el matrimo-

⁵ Bacigalupo, E., *Insolvencia y delito*, Bs. As., 1970, p. 58.

nio subsistente en el delito de bigamia, la edad de la víctima en algunos delitos sexuales, las propiedades de la substancia en los casos de delitos vinculados con estupefacientes, son parte del tipo. Por otro lado, es razonable suponer, por ejemplo, que la ausencia de algunas causas de exclusión de pena como el matrimonio del violador con su víctima, la relación familiar entre ladrón y víctima, la disolución del matrimonio del adúltero, o la inmunidad diplomática, no son relevantes para la antijuridicidad del acto y, en consecuencia, no forman parte del tipo.

Pero estas suposiciones requieren una base racional y la teoría del delito no la provee. Más aún, la cuestión está muy confundida porque muchos juristas se niegan a admitir, como parte del tipo, la ausencia de las circunstancias que más claramente atañen a la antijuridicidad de la acción. En otras palabras, sostienen que un error acerca de la existencia de circunstancias que, de ocurrir, justificarían la conducta (como cuando alguien erróneamente, creyendo que ha sido atacado, mata a su supuesto agresor), no excluye el dolo. Esta incoherencia es, tal vez, una de las razones más importantes de la falta de explicitación de la antijuridicidad, como criterio para circunscribir el tipo. De todas maneras, es un mérito de la teoría continental del delito el haberse ocupado del problema, aunque, en definitiva, no haya logrado resolverlo con suficiente claridad.

En la doctrina inglesa apenas se trata el tema, a pesar de que el sistema contiene excepciones mucho más importantes y probablemente más numerosas que los sistemas continentales al principio de que se requiere conocimiento o negligencia del agente respecto de todas las circunstancias que condicionan la pena.

El caso más importante en el cual se acepta esta limitación de la *mens rea* es el homicidio (*murder*). Según una sólida línea jurisprudencial, la *mens rea* del homicidio se satisface con la mera intención o previsión de un grave

daño corporal —la llamada “malicia implícita” (*implied malice*)—; ni siquiera se requiere negligencia respecto de la muerte de la víctima. Esto hace a este delito similar a la primitiva interpretación del homicidio preterintencional del derecho continental, pero no a la interpretación actual, ya que ésta exige que la muerte sea el resultado negligente de una lesión intencional⁶ (a pesar de que este delito tiene prevista penalidad mucho menor que el homicidio doloso).

Hay dos aspectos especialmente llamativos acerca del tratamiento dado en Inglaterra a este aspecto del homicidio. El primero es que no se lo asocia generalmente con el problema de la admisibilidad de una responsabilidad total o parcialmente objetiva; cuando se mencionan los pocos ejemplos de delitos del *common law* en que no se requiere *mens rea* para todos sus elementos, muy raramente se incluye entre ellos el homicidio⁷. El segundo aspecto es mucho más importante: en los diversos casos en que se recurre a esta regla de la malicia implícita rara vez se la defiende sobre la base de algún criterio general que pudiera utilizarse para identificar las circunstancias del hecho que deben estar alcanzadas por la *mens rea* del agente.

La exclusión de la muerte de la víctima del alcance de la *mens rea* del homicidio fue materia de crítica después de la abolición por el Parlamento, en el año 1957, de lo que se denominaba “malicia construida” (*constructive malice*), o sea, la *mens rea* inferida solamente de la intención de cometer otro delito durante cuya ejecución se causa la muerte de alguien.

⁶ Además del consenso teórico, la solución ha sido adoptada en Alemania por la ley de 4 de agosto de 1953.

⁷ Por ejemplo, Smith y Hogan, *Criminal Law*, 3ª ed., Londres, 1973, p. 67, citan sólo al pasar el caso de homicidio, en sus especies de *murder* (homicidio intencional en sus diversas variantes) y de *manslaughter* (homicidio sin intención, en sus dos variantes, voluntario e involuntario), en su fundamentación del *dictum* de que, excepto para tres delitos, el *common law* siempre exige *mens rea*.

En sucesivos casos, "Vickers" (1957) 2 Q.B. 644, "Smith" (1961) A.C. 290, y "Hyam" (1975) 2 W.L.R. 607, la defensa alegó que la regla era un resabio de la "malicia construida". En el último de estos casos Lord Diplock sostuvo enérgicamente esta posición, produciendo muchas referencias históricas en su favor. Sin embargo, en todos los casos, la mayoría del tribunal (encabezada en el primer caso fundamentalmente por Lord Goddard, en el segundo por el Vizconde Kilmuir y en el tercero por Lord Hailsham y Lord Dilhorne) defendió la responsabilidad objetiva por la muerte, consecuencia de lesiones graves, con apoyo en precedentes, la admisión de la ley de 1957, que la malicia podía ser "implícita", y el argumento de que sería inconveniente admitir como defensa que únicamente se había querido o previsto una grave lesión corporal, no la muerte. La única restricción a las consecuencias de esta regla que ha sido aceptada, es la que resulta de la opinión del Vizconde Kilmuir en el caso "Smith", que se aparta del caso "Ashman" (1958) 1 F.&F. 88, 89 (en que se había resuelto que la mera interferencia con la salud y el bienestar de la víctima constituye lesión grave), sosteniendo que la lesión debió haber sido prevista o intentada como "realmente grave", aunque no necesariamente como fatal⁸.

La Comisión de Legislación en un informe del año 1967 examinó⁹ los argumentos en favor y en contra de la

⁸ En "Vickers", la acusación había sido de "homicidio con malicia premeditada" (*murder*). El procesado había entrado en una tienda con intención de robar y al ser descubierto por una anciana le había asestado unos golpes causándole la muerte. El juez de primera instancia señaló, en su directiva al jurado, que aun si Vickers no había tenido intención de matar, para que existiera el delito de *murder* bastaba el hecho de haber intentado causar un grave daño corporal. La defensa recurrió a la Cámara de Ape-
(Continúa en página 117)

⁹ La cláusula relevante del proyecto rezaba "cuando alguien mate a otro, la muerte no será homicidio (*murder*) si no actuó con intención de matar".

“malicia implícita” y sostuvo que debía ser abolida; su recomendación no fue, sin embargo, incluida en la Ley de Justicia Criminal del mismo año 1967. Dada la facultad que se arrogó la Cámara de los Lores de apartarse de sus propias decisiones anteriores (acordada de 1966 ya mencionada) y la falta de claras disposiciones legales sobre el punto, la doctrina de la “malicia implícita” no tiene por qué ser aceptada como un dogma que limita

(Viene de página 116)

laciones y alegó que, dado que la sección 1 de la Ley de Homicidio de 1957 había abolido la modalidad “malicia construida” —consistente en intentar otro delito del que resultara la muerte de alguien—, había desaparecido también la llamada “malicia implícita” en el homicidio (o sea la intención limitada al grave daño corporal), ya que el daño corporal grave constituye “otro” delito, cuya comisión intencional no basta, según esa ley, para configurar la *mens rea* de homicidio. Al fundar el rechazo de la apelación, Lord Goddard dijo: “Murder es, por supuesto, dar muerte a alguien con malicia premeditada, sólo que ‘malicia premeditada’ (*malice aforethought*) es una expresión técnica. En el derecho inglés siempre se lo ha definido como intención expresa de matar... o como intención implícita, la cual se da cuando mediante un acto voluntario el acusado intenta causar a la víctima un grave daño corporal a consecuencia del cual la víctima muere... Debe observarse que la sección [de la ley] conserva la malicia implícita a la par de la expresa, y que las palabras ‘cuando un individuo da muerte a otro en el curso de cometer o tratar de cometer otro delito’ no pueden, a nuestro juicio, interpretarse con referencia a la inflicción de grave daño corporal, en el caso de que la acusación sea de haber dado muerte a alguien con intención de causarle grave daño corporal y la persona muere a consecuencia de ese daño... En el caso presente, es claro que las palabras de la ley... hay que referirlas al robo que el agente estaba cometiendo. La muerte fue causada en el curso de cometer o tratar de cometer tal robo... La sección [de la ley], después de las palabras citadas, continúa: ‘el homicidio no constituirá *murder* salvo que sea cometido con la misma malicia premeditada (explícita o implícita) que se requiere para que un homicidio constituya *murder* cuando no se comete en el curso de cometer o tratar de cometer otro delito’. Parece claro, por consiguiente, que la legislatura establece que cuando se está frente a un homicidio cometido al ejecutar otro delito, este otro delito no debe ser tomado en cuenta [a los efectos de determinar la *mens rea* del homicidio]. Lo que debe ser considerado son las circunstancias de la acción de matar, y si esa acción constituye *murder* en razón de la malicia expresa o implícita, entonces la persona es culpable de ese delito... El Tribunal desea declarar firmemente que, al considerar la interpretación de la sección 1 (1), es imposible sostener que el causar grave daño corporal es el otro delito a que se refiere la primera línea y media de la sección. Uno debe mostrar que, independientemente del hecho de que el acusado estaba cometiendo otro delito, el acto que causó la muerte fue

la reconstrucción judicial del derecho penal inglés. Sin embargo, los argumentos en contra de la regla que se han formulado no son mucho más sólidos que los que se esgrimen en su favor; un enfoque racional del tema tiene que apoyarse en un criterio general para distinguir las circunstancias que debe abarcar la *mens rea* del agente.

Un germen de tal criterio fue vagamente sugerido

ejecutado con la malicia premeditada que establece la ley. La existencia de malicia expresa o implícita está especialmente mantenida en la ley, y, en mi opinión, el juez Hinchliffe formuló una directiva al jurado perfectamente apropiada, por lo que esta apelación fracasó y es rechazada”.

En “Smith” el procesado había sido acusado de *murder* porque a causa de una maniobra hecha con el vehículo para desembarazarse del policía subido al estribo con el fin de interrogarlo acerca de la mercadería robada que llevaba en el coche, éste había caído, muriendo arrollado por otro vehículo. Condenado en primera instancia por *murder*, en base a una directiva al jurado que señalaba que lo que había que establecer era si un “hombre razonable” habría previsto la probabilidad de que se produjera grave daño corporal, la Cámara de Apelaciones revocó el fallo y condenó a Smith por homicidio culposo, sosteniendo que lo que debía determinar el jurado era si el acusado, y no un hombre razonable, habría previsto la probabilidad del grave daño corporal. Pero la Cámara de los Lores confirmó la decisión de primera instancia. Al fundamentar el fallo dijo el Vizconde Kilmuir: “El enfoque puramente subjetivo implica que si el acusado dijo que en realidad no había pensado en las consecuencias y el jurado juzga que podría ser verdad... el procesado tendría derecho a una absolución por *murder*. Mis Lores, basta enunciar esta proposición para apreciar en qué medida se aparta de lo que siempre los tribunales han entendido. En un caso como el presente, el jurado tiene que convencerse, por supuesto, de que está probado que el acusado hizo algo a alguien antijurídica y voluntariamente. El acto antijurídico y voluntario tiene que estar claramente dirigido contra alguien, para que queden así eliminados los casos de negligencia o de conducción desaprensiva y peligrosa. Mas una vez que el jurado esté satisfecho a ese respecto, nada importa lo que de hecho haya previsto el acusado... El único criterio de que se dispone es lo que un hombre ordinario y responsable hubiera previsto, dadas las circunstancias del caso, como resultado natural y probable de la acción. Por cierto, el derecho ha sido siempre así... La última crítica a la directiva al jurado concierne al significado que el distinguido juez (basándose en ‘Ashman’) dio a las palabras ‘grave daño corporal’ (‘un daño suficientemente grave para afectar a la salud o el bienestar físico de la víctima’)... Se alegó que se debe dar a esas palabras un significado más restringido... tal como ‘manifiestamente peligrosa para la vida’ o ‘capaz de producir la muerte’. Si bien es cierto que en muchos casos se ha incorporado la probabilidad de causar la muerte a la definición de grave daño corporal, sin duda se lo ha hecho nada más que para des-

en el contexto de la discusión mucho más desarrollada acerca de una línea de casos que son, en general, de menor importancia que éste.

El ejemplo de responsabilidad parcialmente objetiva que se suele ofrecer no es la categoría de homicidio ya mencionada, sino el delito de substraer a una menor de dieciséis años de la custodia de sus padres, tal como se interpretó en el caso "Prince" (1875) L.R. 2 C.C.R. 154.

tacar que el daño corporal tiene que ser verdaderamente grave, y es innecesario y, hasta diría, poco prudente, agregar nada al significado natural y corriente de 'grave daño corporal'... Antes de terminar de exponer mi opinión he de referirme a la pretensión vagamente expuesta de que la sección 1 de la Ley de Homicidio de 1957 abolió la malicia constituida por la intención de causar grave daño corporal y que 'Vickers', que sostuvo lo opuesto, fue erróneamente resuelto. A este respecto, básteme decir que, a mi juicio, la ley de ningún modo ha abolido tal malicia. Las palabras entre paréntesis de la sección 1 y la referencia a la sección 5 aclaran esto fuera de toda duda".

En "Hyam" la acusada, celosa de una rival en el afecto de un hombre, prendió fuego a la casa de ésta, para, según dijo, asustarla y obligarla a abandonar el pueblo, y provocó así la muerte de las hijas de la mujer que dormían en la vivienda como consecuencia de la sofocación por el humo. Condenada en primera y segunda instancia por *murder*, la mujer apeló a la Cámara de los Lores, alegando que la malicia premeditada requiere una actitud subjetiva respecto de la muerte y no del grave daño corporal y que, en todo caso, lo que se requiere es intención y no mera previsibilidad de la muerte o del grave daño corporal. En un extenso fallo, el tribunal desestimó la apelación. Respecto del primer punto, relativo a la malicia implícita (el segundo lo analizaremos más adelante, al considerar las observaciones de Lord Hailsham), la mayoría, encabezada por el Vizconde Dilhorne, mantuvo la doctrina sentada en casos anteriores. Lord Diplock, por la minoría, emitió un voto extensamente fundado en favor de la abolición de la malicia implícita (intención o previsibilidad de grave daño corporal). Dijo el Vizconde Dilhorne, después de examinar una larga lista de precedentes: "Por lo tanto, causar la muerte, cuando se ha tenido la intención de provocar grave daño corporal, se ha considerado, durante muchos años, *murder*, en forma completamente independiente de la doctrina de la malicia 'construida' [*constructive malice*, o sea la intención de cometer otro delito en el curso del cual se causa la muerte de alguien]. Así lo ha reconocido la Comisión Real sobre la Pena Capital en su informe de 1953. Una de las cinco proposiciones que fueron allí expuestas como alternativas generalmente aceptadas para caracterizar *murder* era '...cuando el acusado o bien *intentase* causar la muerte o grave daño corporal o bien *supiese* que su acto probablemente causaría la muerte o grave daño corporal'. La Comisión Real recomendó a continuación que se aboliera la malicia 'construida' y sugirió, en el párrafo 123, un artículo destinado a ser incluido en una ley que procediera

A pesar de que en el caso “Hibbert” (1869) L.R. 1 C.C.R. 184, se estableció que el raptor debía haber sabido que la víctima estaba bajo la custodia de sus padres, en “Prince” se adoptó la solución contraria respecto de la edad de la víctima. El argumento en favor de esta solución fue, principalmente, que la legislatura había tratado

a tal abolición. La sección 1 de la Ley de Homicidio de 1957 es similar, en lo substancial, al artículo propuesto. Sería extraño que, al recomendar la abolición de la malicia ‘construida’ la Comisión Real hubiera propuesto en realidad que no sea suficiente la intención de causar grave daño corporal, siendo que no fue tal su intención...” Lord Diplock, al expresar su disconformidad, dijo entre otras cosas: “Creo que mis colegas estarán de acuerdo en que de estar basada la regulación jurídica inglesa del homicidio en conceptos intelectual y moralmente satisfactorios, el delito de *murder* debería distinguirse de formas menos aberrantes de homicidio mediante su limitación a casos en que la consecuencia que el agente deseó o previó como probable sea la muerte de un hombre. En lo que discrepamos es sobre si es ya posible que esta Cámara declare, en su capacidad judicial, que esto es lo que dispone el derecho actual de Inglaterra, o si definir *murder* de este modo implicaría un cambio tan fundamental en el derecho existente, que sólo podría ser encarado legítimamente por ley del Parlamento. Por mi parte, creo que el Parlamento mismo, a través de la Ley de Homicidio de 1957, ha hecho constitucionalmente posible que esta Cámara así lo declare, y pienso que así debe hacerlo”. Lord Diplock hizo luego una serie de referencias históricas para mostrar cómo la malicia implícita en el delito de homicidio tuvo su origen en la doctrina de la “malicia construida”, y sostuvo que hasta que se dictó la ley de 1803, que creó el delito de balear o acuchillar a alguien con intención, entre otras, de provocar un grave daño corporal, no se consideraba que la intención de causar tal daño podía constituir la *mens rea* de homicidio; sólo después de creado tal delito se aceptó esa tesis, lo que sólo pudo deberse a la aplicación de la doctrina de que la intención de cometer *otro* delito basta para el homicidio. Más adelante dijo Lord Diplock: “Por mi parte, estoy convencido de que la decisión de esta Cámara en ‘Smith’ fue incorrecta en la medida en que rechazó el alegato de que para cometer el delito de *murder* el agente, si no intentó matar, debió haber intentado o previsto como probable consecuencia de su acto que una vida humana sería puesta en peligro. Ya he fundamentado extensamente las razones de mi opinión y no las voy a repetir. Creo que la razón por la cual la Cámara incurrió en un error fue porque no tomó en cuenta que el concepto de ‘intención de causar grave daño corporal’ sólo se hizo aplicable al delito de *murder* en el *common law* una vez sancionada la ley de 1803 que extendió al crimen (*felony*) que aquella ley creó, sobre la base de la doctrina entonces vigente en el *common law*, la ‘malicia construida’... Mis Lores, si una decisión de esta Cámara estuvo fundada en una proposición de derecho errónea... no dudo de que estemos autorizados a corregir esa proposición”.

de prevenir la maliciosa invasión de los derechos paternos de modo tan amplio, que el agente tenía que correr el riesgo de que la joven no tuviera la edad fijada por la ley. No se dio una clara explicación del motivo por el cual se trataba en forma distinta la edad de la víctima y la custodia paterna. En el caso posterior, "Tolson" (1889) 16 Cox C.C. 629, el juez Stephen¹⁰ vislumbra un criterio que puede explicar las diferencias entre los casos "Hibbert" y "Prince" y que cree implícito en la decisión del último. Para justificar su negativa a aplicar el principio sentado en "Prince" al caso de una mujer que se casó por segunda vez, creyendo erróneamente que su primer marido había muerto, Stephen afirmó que hay que tomar en cuenta la inmoralidad de la acción que el agente cree cometer, y la intención legislativa de prevenirla, y sostuvo que no puede presumirse que sea el fin del Parlamento —en relación al matrimonio ilegal— impedir el matrimonio de las viudas como si fuera un acto inmoral. Aunque estos *dicta* sean bastante vagos y herméticos, se puede inferir de ellos que se requiere *mens rea* para los aspectos de la acción que la hacen moralmente reprochable, pero no para las circunstancias moralmente indiferentes del acto. Formulando este criterio de otra forma, puede decirse que lo que hay que considerar es si la acción que el agente cree realizar es moralmente objetable, razón por la cual la legislatura quiso prevenirla.

Este criterio puede justificar las decisiones en los casos "Hibbert" y "Tolson", comparadas con la del caso "Prince", pero no parece justificar la decisión del mismo Stephen en el caso "Bishop" (1880) 5 Q.B.D. 259, en el que resolvió que el delito de alojar dos o más dementes en un domicilio particular no requiere que el agente haya sabido o haya

¹⁰ Los pasajes relevantes de Stephen están en las p. 647-648 de la obra *Cox Criminal Law Cases*, vol. XVI, 1886-90.

sido negligente acerca del hecho de que las personas admitidas fueran dementes. Es difícil imaginar qué inmoralidad pudo haber querido prevenir la legislatura respecto de dar alojamiento a personas normales (que es la acción que el agente creyó realizar). Sin embargo, este enfoque de Stephen, que no es muy diferente del propuesto por la teoría continental del delito sobre la base de la antijuridicidad, puede constituir un interesante punto de partida para un desarrollo ulterior de este tema, pese a su imprecisión y a la falta de un adecuado soporte teórico¹¹.

No se puede decir que los jueces y autores contemporáneos hayan ahondado en el tema; sus aportes no son mucho más explícitos que el de Stephen.

Por ejemplo, G. Williams¹², al estudiar la noción de

¹¹ En "Hibbert" se trataba de un hombre que, habiendo conocido en la calle a una adolescente de 14 años, sin averiguar si tenía padre, la había llevado consigo y después de seducirla la condujo de nuevo al lugar donde la había encontrado. Se lo acusó de haber cometido el delito, previsto en la Ley de Delitos contra la Persona, sección 55, de 1861, de sustraer a una mujer menor de 16 años de la custodia del padre, contra su voluntad. Condenado en primera instancia, apeló con éxito a la Corte de Casos Reservados a la Corona (Court for Crown Cases Reserved). Al fundar el fallo absolutorio dijo el juez Bovill: "no hay en este caso ninguna constancia de que se probara que el procesado supo o tuvo razones para creer que la joven estaba bajo el legítimo cuidado o custodia del padre, la madre o de cualquier otra persona... Hay casos, por ejemplo, si se trata de una joven de la ciudad, en que cabe la posibilidad de que el individuo que la lleve consigo no tenga razón alguna para suponer que la estaba sustrayendo de la custodia del padre o de otra persona. En otros, en cambio, las circunstancias del hecho podrían ser tales que el jurado llegara al convencimiento de que el procesado sabía que estaba sustrayendo a la joven de la custodia de los legítimamente encargados de ella. Pero como no hay ninguna prueba de hecho al respecto, no se puede mantener la condena..."

En "Prince" el procesado, condenado en primera instancia por igual delito, apeló a la Corte de Casos Reservados a la Corona, alegando haber creído razonablemente que la joven tenía 18 años; pero en esta ocasión el tribunal confirmó la sentencia. Dijo entre otras cosas el juez Blackburn: "Nuestro parecer es que evidentemente la intención de la legislatura es penar el rapto, a menos que la mujer tenga una edad como para que su consentimiento sea una excusa, independientemente de que el procesado su-
(Continúa en página 123)

¹² Criminal Law, *The General Part*, 1961, p. 21.

actus reus, dice incidentalmente algo acerca de curiosos casos en los cuales una circunstancia necesaria para la responsabilidad criminal no forma parte del delito. Cita al

(Viene de página 122)

quiera o no que ella tenía la edad necesaria para dar un consentimiento eficaz. La sección en cuestión [55] es una de una serie de disposiciones que comienzan con la sección 48 y que conforman un código para la protección de las mujeres y sus guardianes. La sección 50 dispone que quienquiera que tenga acceso carnal con una menor de 10 años y abuse, por lo tanto, de ella será culpable de un crimen (*felony*); la sección 51 dispone que si la menor tiene más de 10 años y menos de 12, el agente será culpable de un delito menor (*misdemeanour*). No cabe suponer que la intención de la legislatura en estas dos secciones fuera la de hacer depender el delito del conocimiento del agente de la edad real de la menor... Si fuera así se llegaría a la conclusión aberrante de que el individuo que tuviera contacto carnal con una menor de 10 años pero a la que él, sobre bases razonables, supusiera mayor de 10 escaparía a toda pena... Con una interpretación tal de la ley no se lo podría condenar por un crimen, ya que no sabía que la niña tenía menos de 10 años; ni se lo podría condenar tampoco por un delito menor, ya que la niña, en realidad, no tenía más de 10 años. Creemos que la intención de la legislatura fue penar a quienes tienen contacto sexual con mujeres menores de edad incluso con el consentimiento de ellas, a menos que la menor tenga de hecho la edad suficiente para dar un consentimiento válido. El individuo que tiene relaciones sexuales con una niña confiándose en su consentimiento, lo hace a su riesgo si ella es menor de la edad legal". El juez Bramwell sostuvo que la doctrina sentada por el tribunal daba pleno alcance al requisito de *mens rea* puesto que, a diferencia del caso en que el agente ignoraba que la muchacha estuviera en la custodia de sus padres, en éste el procesado supo que cometía un acto incorrecto y prohibido por la ley; sostuvo, además, que la ley no usa las palabras "con conocimiento", sino que se refiere a un acto cometido "antijurídicamente". El juez Denman dijo: "En otras palabras, habiendo realizado a sabiendas un acto incorrecto, o sea sustraer a la joven de la posesión legítima de sus padres contra su voluntad, y en violación de sus derechos como guardianes naturales, no puede alegar que pensó que la muchacha fuera mayor que la edad legal fijada para el delito. Ha realizado en forma reprehensible precisamente lo que la legislatura contempla: el agente ha violado a sabiendas e incorrectamente los derechos del padre contra su voluntad..."

En "Tolson" se trataba de una mujer abandonada por el esposo y que luego, creyendo, sobre la base de investigaciones hechas por su padre, que aquél había muerto en el hundimiento de un barco, seis años más tarde contrajo nuevo matrimonio. Poco después el marido reapareció, y la señora Tolson fue acusada de bigamia de acuerdo con la sección 57 de la Ley de Delitos Contra las Personas de 1861, que sólo excusaba de pena en el caso de que el primer esposo hubiera estado ausente, presumiéndose su fallecimiento, por más de *siete* años. Stephen, quien juzgó el caso como juez de primera instancia, orientó al jurado en el sentido de que no había una excusa válida para oponer a la acusación, pero reservó el caso para ser considerado por

juez Best en el caso "Burdett" (1820) 106 E.R. 884, donde distinguió entre *corpus delicti* y "meras cuestiones de competencia", pero Williams no aplica esta distinción al expo-

la Corte de Casos Reservados a la Corona, de la que él mismo era miembro. La señora Tolson fue condenada a un día de prisión en primera instancia, y absuelta por el tribunal superior. Al fundar este último fallo, el juez Cave dijo: "...En el *common law* una creencia de buena fe en la existencia de circunstancias que, de existir, harían del acto por el cual el agente es procesado un acto inocente, siempre se ha considerado defensa válida. Esta doctrina está implícita en la máxima algo tosca *actus non facit reum, nisi mens sit rea*". Se alega, sin embargo, que aun asumiendo la presunción general señalada, de cualquier manera el lenguaje de la ley es tal, que esa presunción está necesariamente excluida en este caso. Ahora bien, entra indudablemente en la competencia de la legislatura disponer que un hombre sea considerado autor de un crimen y consiguientemente penado por cometer un acto que de buena fe y razonablemente cree correcto y legítimo, así como puede disponer que un niño o un demente deben ser castigados penalmente por un acto realizado por la inmadurez o alteración de la facultad de razonar. Pero esta conclusión repugna tanto a nuestros sentimientos morales, que debemos exigir la prueba más clara e incontrovertible de que fue ése el propósito de la ley". El juez Stephen dijo lo siguiente: "...A mis ojos el modo de encarar este asunto se basa en una aplicación particular de la doctrina habitualmente descrita con la frase, no muy feliz, *actus non est reus, nisi mens sit rea*. Aunque sea de uso común, pienso que es sumamente inapropiada y susceptible de generar equívocos. Lógicamente sugiere que, independientemente de las definiciones particulares de cada delito, existe algo así como una *mens rea* o mente culpable, siempre explícita o implícitamente presupuesta en toda definición de delito. Evidentemente, no es así, ya que los elementos mentales de los diferentes delitos difieren ampliamente. *Mens rea* significa, en el caso de *murder*, malicia premeditada; en el caso de hurto, intención de apoderarse de algo; en la violación, intención de tener acceso sexual por la fuerza con una mujer sin su consentimiento y en el caso de recibir mercaderías robadas, conocimiento de que las mercaderías son robadas. A veces *mens rea* denota mera desatención; por ejemplo, en el caso de homicidio por negligencia, puede significar no tomar en cuenta una señal. Dar la misma denominación a estados mentales tan disímiles resulta equívoco. En realidad, parece contradictorio describir un estado de ausencia mental como *mens rea* o mente culpable... Podría dar pie, a que quien carezca de conocimientos jurídicos, llegara a pensar que no hay delito si el acto es realizado por motivos loables, que la inmoralidad es de la esencia del delito... El derecho, en relación al conocimiento de los hechos, no es quizá muy claro, pero creo que en todo caso, cabe afirmar que el conocimiento de los hechos es, en alguna medida, a la par de la madurez y la salud mental, un elemento del delito. ... Edad, normalidad mental y ausencia de compulsión siempre se presumen y creo que sería imposible citar una ley que especifique algún caso en esas condiciones de punibilidad en la definición de un delito. Podrá observarse que, ya

ner el caso "Prince"; recurre en cambio, a una distinción entre simple ignorancia de una circunstancia, que no excusa, y un error positivo, que sí lo hace¹³. Smith y Hogan¹⁴ correctamente expresan sus dudas sobre el criterio de Williams, pero no son muy claros acerca de su propia solución. Por un lado, estos autores critican las oscilaciones de los tribunales, pero, por el otro, encuentran que hay algo conectado con la indiferencia moral de algunas condiciones de la responsabilidad criminal que puede explicar las distintas soluciones, pese a haber sostenido primeramente que es de presumir que no hay ningún ele-

por el empleo de las palabras 'voluntaria y maliciosamente', o mediante la especificación de una intención especial como elemento de determinados delitos, el conocimiento de los hechos es implícitamente considerado parte de la definición legal de los delitos más modernos; sin embargo, no siempre es así. Esto ocurre con la sección 55 que se aplicó en 'Prince'... Todos los jueces estuvieron de acuerdo en 'Prince' en el principio general [de requerir conocimiento de los hechos]; sin embargo todos ellos, menos Lord Esher, consideraron que siendo el objetivo de la legislatura prevenir la invasión escandalosa y malvada de los derechos paternos (fuera ésta o no antijurídica con independencia de tal ley), era de suponer que la legislatura quiso que el autor de aquel acto incorrecto actuase a su riesgo. Otro ejemplo que puede mencionarse del mismo principio es el caso 'Bishop'. La procesada había sido acusada de recibir a más de dos dementes en su casa sin licencia para ello... Se probó que efectivamente había recibido en su casa a más de dos personas, que el jurado consideró dementes, creyendo de buena fe que no eran dementes. Yo sostuve que esa creencia no era relevante teniendo en cuenta el alcance de la ley y el objetivo perseguido al dictársela, y este tribunal confirmó aquel fallo. La aplicación de esta doctrina al presente caso me parece que es la siguiente: el principio general está claramente en favor de los procesados, pero ¿cómo puede parecer que la intención de la legislatura está en contra de ellos? No pudo haber sido intención del Parlamento encarar el matrimonio de las viudas como un acto que deba prevenirse como presumiblemente inmoral. La conducta de las mujeres condenadas [había otro caso reservado para ser tratado simultáneamente] no fue inmoral ni en el grado más ínfimo, fue perfectamente natural y legítima. Suponiendo que los hechos hubieran sido como ellas creían, la inflicción de algo más que un castigo nominal habría sido escandaloso. ¿Por qué, pues, hemos de suponer que la legislatura haya querido que se las someta a castigo alguno?..."

¹³ Ob. cit., p. 151.

¹⁴ Ob. cit., p. 49.

mento incluido en el *actus reus* que no contribuya al carácter antisocial del delito¹⁵. Finalmente, afirman Smith y Hogan que tal vez algunas exclusiones de elementos del *actus reus* del alcance de la *mens rea* puedan justificarse, pero que se las debe restringir lo más posible, para preservar la regla ideal que prescribe que la *mens rea* comprende todos los elementos del *actus reus*. Sin embargo, esta regla puede tal vez ser demasiado ideal, demasiado poco discriminativa, ya que hay algunos casos, como hemos visto, que deberían razonablemente exceptuarse de esa regla, y, si no se formula un criterio para distinguirlos, convierten la regla en caprichosa y hacen que se resienta nuestra confianza en ella.

Hay otra clase diferente de casos en relación a la cual se discute la extensión del conocimiento o la intención requeridos. La cuestión no reside aquí en determinar si ciertas circunstancias deben ser conocidas —lo cual se presume—, sino bajo qué descripción de la acción se debe predicar su conocimiento por parte del agente. Se plantea este problema en casos muy conocidos en los que el agente dirige su acción contra una cierta persona o cosa, pero alcanza a otra, ya por error de identificación o por accidente en el desarrollo de la acción.

La teoría continental del delito denomina a la primera clase de casos (por ejemplo, cuando alguien quiere matar a su enemigo pero mata equivocadamente a otro) como situaciones de *error in obiecto*, o *in persona*, que generalmente se resuelven sosteniendo que el error no tiene relevancia. El caso que sentó jurisprudencia al respecto en Alemania es el conocido como “Rose-Roshal”¹⁶, en el que el tribunal descartó el error del sirviente Rose que,

¹⁵ Ob. cit., p. 48.

¹⁶ 2 BG HSt 194. Ver un extenso comentario y transcripciones del fallo, en L. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, 6ª ed., Bs. As., 1975, t. VI, p. 534-539.

confundido por la obscuridad, mató a una persona distinta de aquella que su amo Roshal le había ordenado que asesinase; también Roshal fue condenado por haber instigado al homicidio.

La segunda clase de casos, denominada *aberratio ictus* (por ejemplo, cuando la bala no hiere al elegido como blanco sino a alguien que estaba cerca), es materia de ardua discusión. Beling¹⁷ sostuvo que este error es irrelevante, arguyendo que el tipo del homicidio es matar a *un* hombre (cualquiera que sea) y no a un determinado hombre. Sauer¹⁸, entre otros, comparte la opinión de Beling, afirmando que no hay diferencia fundamental entre este caso y el *error in obiecto*. Pero Maurach¹⁹ sostiene que esta solución, cuyo origen proviene probablemente de la máxima de Farinaccio: *sufficit animus occidendi, si non in specie saltem in genere*, puede conducir a decisiones injustas, como, por ejemplo, que haya extorsión en un caso en que el extorsionador amenaza a A, pero obtiene el dinero no de éste sino de B, que se compadece del delincuente. Maurach y otros autores proponen que se encare este caso como si presentara a la vez una tentativa frustrada y un delito culposo consumado.

Hay aún una tercera clase de situaciones en que la afirmación de que el agente debe conocer o querer las circunstancias del caso sería discutible: aquella en que el agente produce accidentalmente el mismo resultado que trataba de producir, pero por medios diferentes de los que había puesto en ejecución y que resultaron ineficaces.

Los escritores y los tribunales continentales difieren acerca de la solución de este caso. El Reichsgericht de

¹⁷ *Grundzuge der Strafrechts Lehre* (Esquema de derecho penal, tr. S. Soler, Bs. As., 1944, p. 84).

¹⁸ *Allgemeine Strafrechts Lehre*, Berlín, 1955 (*Derecho Penal. Parte general*, tr. J. del Rosal y J. Cerezo, Barcelona, 1956, p. 257).

¹⁹ Ob cit., vol. I, p. 344.

Alemania sostuvo opiniones contradictorias²⁰; Sauer²¹ cree irrelevante esta clase de variación en el curso de la acción; mientras que Maurach²², Dohna²³ y muchos otros sostienen la tesis de que se trata solamente de un caso de tentativa.

Para el derecho inglés el *error in obiecto* se resuelve como en los países de derecho codificado, en favor de la irrelevancia del error (ver el viejo caso "Salisbury" —1553—75 E.R. 159).

Las situaciones de *aberratio ictus* se resuelven también, según la doctrina llamada "malicia transferida" (*transferred malice*), en favor de la irrelevancia de la diferencia entre el curso de acción intentado y el que realmente se produjo —ver el caso "Saunders" (1573) 75 E.R. 706—, aunque esta solución provoca mayor discusión que en el caso anterior. Williams²⁴ cree que al agente no se lo acusa por matar en abstracto sino por matar a una persona determinada y que la coincidencia entre su intención y el resultado debe ser preservada. Pero Smith y Hogan²⁵ lo atacan, sosteniendo que la identidad de la víctima es irrelevante para evaluar la intención del agente, del mismo modo que, por ejemplo, es irrelevante que el agente haya querido herir a la víctima en el corazón, hiriéndola, en cambio, en la cabeza.

En el último de estos casos (por ejemplo, cuando el agente intenta dar muerte a la víctima a balazos, pero en realidad lo mata al quemar lo que cree que es ya su cadáver), el error del agente se ha juzgado irrelevante. Así lo decidió el Consejo Privado (Privy Council), en el fa-

²⁰ Ver las referencias en Sauer, ob. cit., p. 257.

²¹ Idem, p. 257.

²² Ob. cit., vol. I, p. 346.

²³ Ob. cit., p. 39.

²⁴ Ob. cit., p. 135.

²⁵ Ob. cit., p. 51.

moso caso de “Thabo Meli” (1954) I. All E.R. 373 y, en esencia, por la Cámara de Apelaciones Criminal en el caso “Church” (1966) 1 Q.B. 59²⁶.

²⁶ En el caso “Salisbury” cinco personas fueron procesadas por haber matado al sirviente de un tal doctor Ellis que era a quien, en realidad, querían matar, confundiendo al sirviente con él. El tribunal declaró: “Y nótese que la Corte dijo esto a los jurados: ‘Ustedes, señores jurados, han oído la prueba que se ha producido para mostrar que los procesados han sido culpables del homicidio del cual se los acusa, prueba que demuestra que el acuerdo entre ellos fue matar al doctor Ellis y que la malicia premeditada estuvo dirigida en su contra y no particularmente en contra de su sirviente, que resultó muerto. Por consiguiente, tal vez ustedes imaginen que la prueba no apoya a la acusación, porque no hubo malicia en contra del sirviente, a quien los procesados tal vez ni conocieron y ni siquiera oyeron hablar de él. Pues bien, nosotros consideramos apropiado decirles lo que dispone el derecho sobre este punto, para que no incurran en error: el derecho establece que la muerte del sirviente es *murder*, si lo han matado con la malicia que tenían en contra de su patrón; así que si ustedes encuentran que ellos tenían malicia en contra del doctor, esa malicia hace que, a los ojos de la ley, la muerte de la víctima sea *murder* . . .”

En “Saunders” el procesado quería matar a su esposa para poder casarse con otra mujer y consecuentemente puso veneno en una manzana asada y se la dio a comer; pero la esposa sólo comió una parte y dio el resto a la hija del matrimonio (a la vista del padre), quien murió envenenada. El tribunal sostuvo: “Si éste fue o no *murder* por parte de Saunders era algo dudoso, porque él no tenía intención de envenenar a su hija ni tenía malicia contra ella, sino que, por el contrario, le tenía gran afecto, pero su esposa, sin saberlo, dio la manzana envenenada a su hija, y aunque él podría habérsela arrebatado, preservando su vida, el no quitársela no constituía un crimen porque era lo mismo a este respecto que él hubiera estado presente o ausente, no teniendo malicia contra su hija ni queriendo causarle daño alguno. Pero al final . . . se decidió que el delito era *murder* y la razón fue que Saunders puso el veneno con la intención de matar a una persona, y al darlo intentó que se produjera la muerte de alguien como consecuencia de su acto; y puesto que la muerte de alguien se había seguido de su acto, aunque hubiera ocurrido en otra persona distinta de la que quiso matar, de cualquier modo cometió *murder*, porque él fue la causa originaria de la muerte”.

En “Thabo Meli”, los procesados llevaron a la víctima a una choza y la golpearon en la cabeza con la intención de matarla; creyendo haberlo hecho, la arrojaron desde una colina para que pareciese un accidente; la pericia médica determinó que la muerte no había ocurrido por los golpes sino por exposición a la intemperie; fueron condenados por un tribunal de Basutolandia por *murder* y apelaron al Consejo Privado del Reino, el que confirmó el fallo; Lord Reid sostuvo: “Se dice que, si bien el primer acto fue acompañado por *mens rea*, no fue la causa de la muerte y, si bien el segundo acto causó la muerte, no estuvo acompañado de *mens rea*; sobre esa base se dice que los procesados no fueron culpables de ningún delito, excep-

Opino que, tanto la teoría continental del delito como los tribunales y autores ingleses, han encarado el tema en forma no demasiado satisfactoria. Creo también que hay una importante diferencia entre el *error in obiecto* y los otros dos casos; un mero error de identidad es el único que parece ser irrelevante. Trataré de esclarecer este problema en la segunda parte de este trabajo.

C. INTENCIÓN Y OTRAS ACTITUDES SUBJETIVAS ASOCIADAS CON ELLA

La teoría continental del delito y la doctrina jurídica inglesa coinciden en que el máximo grado de responsabilidad para la comisión de ciertos delitos es atribuible al agente que obró con intención. Hay, sin embargo, en ambos contextos una importante controversia acerca de qué estados psíquicos constituyen intención y acerca de si el mismo grado de responsabilidad no puede también imputarse en casos en que la acción no fue intencional sino objeto de otra clase de actitudes que podrían equivaler a la intención.

La discusión se complica por el uso de expresiones técnicas cuya relación con el término "intención" no está del

to quizá de homicidio culposo. Les parece a los Lores que es imposible dividir de ese modo lo que fue, en realidad, una única actuación. No hay duda de que los acusados se dispusieron a realizar todos aquellos actos como parte de un plan; y sería hilar demasiado fino decir que, porque estaban equivocados al creer que su objetivo culpable había sido alcanzado antes de lo que en realidad se logró, deban escapar a las penalidades legales".

En "Church" un hombre fue objeto de una burla por parte de una mujer y riñó con ella, golpeándola hasta dejarla inconsciente; no pudo hacer que volviera en sí y, presa de pánico, creyendo que había muerto, la arrojó a un río; la mujer murió ahogada; se condenó al hombre por homicidio culposo y apeló sin éxito a la Cámara de Apelaciones. El tribunal, por medio del juez Edmund Davies, sostuvo que la directiva al jurado había sido equivocada porque supuso que bastaba para el homicidio culposo (*manslaughter*) que se hubiera cometido un acto antijurídico del cual resultase la muerte, sin poner énfasis en la necesidad de negligencia; pero afirmó que, de cualquier modo, en el caso había habido negligencia.

todo bien aclarada. Los dogmáticos continentales usan la palabra “dolo”, mientras que los juristas ingleses usan una variedad de expresiones, aunque sea la de “malicia premeditada” (*malice aforethought*), propia de la *mens rea* del homicidio (*murder*), la que ocupa principalmente la atención de los que tratan este tema, desde su lejano uso en algunas leyes de Enrique VIII y Eduardo VI.

Como hemos visto, la teoría del delito requiere como “modalidades” de culpabilidad el dolo o la culpa (en la versión clásica). De la culpa se dice que incluye tanto la negligencia no consciente como la imprudencia consciente o temeridad. Los códigos penales generalmente las tratan en una única disposición común y les imputan la misma escala penal, aunque pueda distinguirse, en el nivel de la aplicación judicial, entre ambas especies de culpa para graduar adecuadamente la pena. De este modo, el problema más difícil es definir la línea divisoria entre culpa consciente y actitudes subjetivas que podrían considerarse variantes del dolo y que, en consecuencia, acarrearían una penalidad substancialmente más elevada que la del delito culposo, o podrían constituir una condición necesaria de la punibilidad, cuando la forma culposa del delito no está prevista.

Dejando de lado el conocimiento de la antijuridicidad de la acción (que lo trato en el parágrafo E), casi todos los juristas y tribunales continentales concuerdan en que el caso central de dolo es el conocimiento del agente de las circunstancias fácticas comprendidas en el tipo del delito y la voluntad de realizar la acción en esas circunstancias. Se recalca especialmente que el agente debe haber obrado con conocimiento de la actividad física implicada en la acción, que debe haber previsto el resultado producido (cuando es parte del tipo) y que debe haber conocido la relación causal entre su actividad física y el resultado.

Pero, naturalmente, los juristas admiten la existencia

de casos secundarios de dolo en los que no es necesario que estas condiciones se cumplan totalmente; los límites de estas excepciones son el objeto de la controversia.

Los temas en discusión se confunden frecuentemente por el recurso a exposiciones pseudopsicológicas. En general, los autores se dividen en dos corrientes: la que recalca el aspecto volitivo del dolo y la que pone énfasis en su aspecto cognoscitivo.

No se discute la primera desviación del caso central de dolo, que implica hacer responsable a alguien por las consecuencias necesarias previstas de su acción intencional, aunque el agente no las desee y aunque prefiera que no ocurran. Esta clase de dolo se denomina "dolo de consecuencias necesarias" y, generalmente, se lo ejemplifica con el caso de quien hiere o mata al conductor de un auto cuando arroja una bomba contra dicho auto queriendo herir o matar al tirano que va de pasajero. También se cita frecuentemente el famoso caso "Thomas"²⁷, en el que el agente colocó una bomba de tiempo en un transatlántico para hundirlo y cobrar el seguro sabiendo que los pasajeros morirían.

Las dificultades comienzan naturalmente cuando la consecuencia prevista no es cierta o necesaria. Nadie duda de que el agente tiene que haber previsto el resultado posible o probable, pero también tiene que preverlo en el caso de culpa consciente. La dificultad está en saber qué otra condición caracteriza este caso limítrofe de dolo, llamado "dolo eventual".

Quienes, como Sauer, Lucas, Kohler, Exner, Mezger, Mayer²⁸, recalcan el aspecto cognoscitivo (o "representativo") del dolo, sostienen que el dolo eventual se presenta cuando el agente prevé el resultado como sumamente pro-

²⁷ Ver Maurach, ob. cit., vol. I, p. 315.

²⁸ Ver Sauer, ob. cit., p. 269, donde menciona esta coincidencia.

bable, a diferencia de la culpa consciente, en que basta la previsión del resultado como algo meramente posible, aunque improbable.

Los proponentes del enfoque volitivo del dolo impugnan el criterio anterior sobre la base de que es muy difícil medir el grado de probabilidad que el agente atribuyó a una consecuencia prevista, y que, además, esa perspectiva olvida los casos en que el actor utiliza un procedimiento generalmente inadecuado para lograr el resultado intentado. En consecuencia, los autores que defienden este enfoque, como Maurach, von Hippel, Schroeder, Soler, etc.²⁹, y los tribunales que también lo sostienen (como el Reichsgericht de Alemania)³⁰, tratan de trazar una línea divisoria entre dolo eventual y culpa consciente, sobre la base de la actitud volitiva del agente. Su explicación preferida es que quien actúa con dolo eventual, sabiendo que el resultado es al menos posible, aunque pueda no quererlo, lo acepta y tolera, ya que cree que la producción de tal resultado es aleatoria y que está fuera de su control. En cambio, quien actúa con culpa consciente o imprudencia, como el automovilista fatuo que se cree experto en manejar a alta velocidad, aunque prevé la posibilidad de un resultado dañoso, no lo consiente o tolera, ya que confía en que no se producirá, gracias a su supuesta destreza.

Esta distinción se ilustra comúnmente con el llamado "ejemplo de Lacmann"³¹: dos personas tratan de hacer blanco en dos bolas de cristal sostenidas por dos mujeres, habiendo apostado a que no herirán a la portadora de su respectivo blanco; ambos son malos tiradores y, por lo tanto, es igualmente probable que ninguno acierte en el blanco propuesto y que ambos hieran a las mujeres (como

²⁹ Por ejemplo, Maurach, ob. cit., vol. I, p. 311, y Soler, ob. cit., vol. II, p. 106.

³⁰ Ver la referencia en Sauer ob. cit., p. 270, n° 56.

³¹ Ver en Maurach, ob. cit., vol. I, p. 318.

en realidad ocurre); sólo que uno de los apostadores es consciente de su impericia mientras el otro cree ser un experto en el manejo de las armas. Se dice que el primero actúa con dolo eventual, porque tolera el resultado creyéndolo aleatorio; el segundo tirador, que confía en no lesionar a la mujer, no acepta el resultado y, por tanto, actúa con culpa consciente. Sin embargo este esquema hace ilusoria la distinción entre la tesis “volicionista” y la “cognoscitivista”. Según el criterio propuesto, la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente es que, en el caso de culpa, el agente cree que el resultado es improbable, puesto que confía en su habilidad para impedirlo, mientras que en el dolo eventual el actor conoce la probabilidad del resultado. Este criterio es, en definitiva, muy similar al criterio de los cognoscitivistas, puesto que el único rasgo distintivo que se introduce aquí reside en que sólo son relevantes las estimaciones de probabilidad basadas en la capacidad del propio agente para minimizar el riesgo. Pero no queda claro por qué un error de cálculo basado en una apreciación incorrecta de la propia idoneidad del agente es más relevante que otras clases de error acerca de la probabilidad del resultado.

Otra forma de caracterizar la actitud de aquiescencia o tolerancia que se considera distintiva del dolo eventual es la llamada “fórmula hipotética de Frank”³² que afirma que el agente actuó con esa clase de dolo si se puede afirmar que, en la hipótesis de haber el agente previsto el resultado como cierto, en vez de preverlo únicamente como posible, habría actuado igualmente.

Nótese que este criterio resolvería el ejemplo de Lacmann en una forma diferente de la que surge del criterio de la autoconfianza: obviamente ninguno de los tiradores habría actuado como lo hicieron si hubieran previsto como

³² Ver su análisis en Jiménez de Asúa, ob. cit., vol. V, nº 1061, p. 625, y en Soler, ob. cit., t. II, p. 135.

cierto que herirían a las mujeres, perdiendo, en consecuencia, la apuesta.

Beling³³ rechazó esta fórmula con el argumento de que todo criterio hipotético lleva a resultados absurdos, como se demuestra por el hecho de que, usando la fórmula de Frank, habría que absolver al homicida que erróneamente pensó que era el heredero de su víctima, ya que no hubiera actuado así de saber con certeza que no lo era. Pero esto es una curiosa aplicación errónea del concepto de tipo del propio Beling, ya que la respuesta obvia es que el hecho de que el homicida fuera el heredero de la víctima, a diferencia de la circunstancia de la muerte de ésta, no es parte del tipo del homicidio y, por lo tanto, la actitud del actor a su respecto es irrelevante.

Sin embargo, esta fórmula hipotética debe enfrentar una grave dificultad en relación a ciertos casos que nos tientan a concluir que el agente actuó con dolo.

Un buen ejemplo lo constituye el “caso de los mendigos rusos”³⁴: un grupo de mendigos mutilaba a sus hijos para provocar mayor conmiseración y tener más éxito en la percepción de limosnas; preveían que algunos niños probablemente morirían de resultas de las lesiones (como efectivamente ocurrió), pero, sin embargo, asumieron tal riesgo. El caso no presentaría dificultades en el derecho inglés, ya que está resuelto como *murder* por la doctrina de la malicia implícita; pero en el derecho continental, si no se determina que el agente obró con dolo *vis-à-vis* de la muerte de la víctima, sólo se lo puede penar por el delito menor de homicidio preterintencional. La fórmula de Frank produce resultados opuestos según se consideren los actos de mutilación en conjunto o separadamente. En el primer caso se puede concluir que hubo dolo eventual; suponga-

³³ En *Gründzüge*, p. 86 de la versión castellana.

³⁴ Ver un análisis del ejemplo en Jiménez de Asúa, ob. cit., vol. V, nº 1601, p. 625 y Soler, ob. cit., t. II, p. 137.

mos que cinco de quince niños murieran, y supongamos también que si los mendigos hubieran previsto el resultado con certeza, habrían actuado igualmente, calculando que diez niños mutilados son más útiles para mendigar con éxito que quince niños sanos. Pero si elegimos la segunda vía y consideramos cada caso aisladamente, no podemos concluir que existió dolo eventual; si los mendigos hubieran previsto con certeza la muerte de cada niño que efectivamente murió, se habrían abstenido de mutilarlo, ya que, aun sano, un niño vivo es más útil para su propósito de mendigar que uno muerto. Obviamente, el enfoque correcto es el segundo, ya que es homicidio y no homicidio múltiple lo que la ley reprime y cada hecho debe ser analizado separadamente, en contraste con lo que ocurre con el delito de genocidio. Así, la fórmula de Frank lleva a negar que los mendigos actuaron dolosamente. Esto puede contrariar nuestras apreciaciones intuitivas, pero tal vez ella sea la solución preferible a la luz de ciertos principios básicos de responsabilidad penal cuyas consecuencias son, en conjunto, mejores que las que se infieren de otros principios alternativos (como lo veremos más adelante).

En el derecho inglés el principio general es que la *mens rea* se constituye con la intención o con la imprudencia consciente, es decir, cuando el resultado lo prevé como posible el agente. Sin embargo, esto se discute en relación con algunos delitos, en especial el homicidio (*murder*), cuya *mens rea* se denomina "malicia premeditada" y fue definida por Stephen en la clásica formulación de su *Digest* de 1877 (art. 223):

"a) La intención de causar la muerte o de inferir grave daño corporal a cualquier persona, tanto si es la persona realmente muerta o lesionada, como si no lo es.

"b) El conocimiento de que el acto que se ejecuta

causará probablemente la muerte o un grave daño corporal a una persona, aunque tal conocimiento vaya acompañado de una actitud de indiferencia acerca de tal muerte o daño corporal, o de un deseo de que ninguno de los dos se produzca.

”c) La intención de cometer cualquier delito grave (*felony*), del cual se siga la muerte de una persona.

”d) La intención de oponerse por la fuerza a cualquier oficial de justicia que se dirige a, o vuelve de, cumplir el deber de arrestar, encarcelar o mantener bajo custodia a una persona a quien legalmente puede arrestar, encarcelar o mantener bajo custodia, o la ejecución del deber de mantener la paz o dispersar una asamblea ilegal, si el autor advirtió que la víctima era un oficial en ejercicio de sus funciones.”

A estas reglas, Stephen agregó que la “malicia premeditada” se presume, salvo que el agente pruebe lo contrario, y que la determinación de si el agente ha previsto o no el resultado debe basarse en lo que un hombre común y razonable hubiera previsto en tales circunstancias, independientemente de lo que previó realmente el agente.

Aunque en este momento sólo nos interesa la cláusula *b*, es conveniente hacer previamente un breve examen de la evolución experimentada por las otras reglas indicadas por Stephen.

Esta definición de la “malicia premeditada” fue ampliamente aceptada por los tribunales hasta que varios de sus aspectos comenzaron a cuestionarse.

La primera regla que se dejó de lado es la que invertía la carga de la prueba de la “malicia premeditada”, lo que ocurrió a partir del caso “Woolmington” (1935), A.C. 462, en el que se estableció que la carga de probar la *mens rea*, tanto como el *actus reus*, corresponde a la acusación³⁵.

³⁵ En el caso “Woolmington” el procesado fue acusado de *murder en*

En 1957 el Parlamento abolió la doctrina de la llamada "malicia construida" que Stephen dejó sentada en las cláusulas *c* y *d*, legislando que: "Cuando una persona mata a otra en el curso o secuencia de otro delito, la muerte no constituirá homicidio (*murder*), salvo que fuera causada con la misma malicia premeditada (explícita o implícita) que se requiere para que dar muerte constituya homicidio (*murder*), cuando no se la causa en el curso o secuencia de otro delito" (Ley de Homicidio, s. 1, § 1).

La Ley de Justicia Criminal de 1967, siguiendo las propuestas de la Comisión de Legislación y las críticas di-

contra de su esposa; él no negó que le hubiera disparado un arma de fuego, alegando que se le disparó accidentalmente cuando estaba tratando de inducirla a que volviera con él, amenazando con suicidarse con aquella arma en caso contrario; el juez de primera instancia instruyó al jurado diciéndole que, una vez que se demuestra que la muerte ha sido causada por un acto del procesado el derecho presume que éste actuó con malicia a menos que se pruebe lo contrario. Siendo el reo condenado y la sentencia confirmada por la Cámara de Apelaciones, el acusado recurrió a la Cámara de los Lores, y ésta revocó la condena. El Vizconde Saubey sostuvo, entre otras cosas: "...A lo largo de la trama del derecho penal inglés, un hilo de oro puede detectarse: éste es que es un deber de la acusación el probar la culpa del procesado, sujeto a lo que ya he dicho con respecto de la demencia y sujeto también a cualquier excepción legislativa. Si al final de todo el proceso hay una duda razonable, creada por la prueba producida por la acusación o el procesado, respecto de si el procesado mató a la víctima con intención maliciosa, la acusación no puede prosperar y el procesado tiene derecho a una absolución. No importa cuál sea el cargo o dónde se instruya el proceso, el principio es parte del *common law* de Inglaterra y no puede intentarse desvirtuarlo. Cuando se trata de un caso de *murder* la Corona debe probar: *a*) la muerte como resultado de un acto voluntario del procesado, y *b*) la malicia del procesado. Puede probarse tanto la existencia de malicia expresa como de malicia por implicación; porque la malicia puede ser implícita cuando la muerte ocurre como resultado de un acto voluntario del procesado que es (i) intencional y (ii) no provocado. Cuando se ha producido prueba de la muerte y de la malicia (ésta es una cuestión que habrá de resolver el jurado), el acusado está facultado para mostrar, mediante prueba o un examen de las circunstancias aducidas por la Corona, que su acto que causó la muerte fue no intencional o provocado. Si el jurado se convence con esta explicación o queda con una duda razonable de que, aun siendo inaceptable la explicación del procesado, el acto pudo no ser intencional o pudo haber sido provocado, el acusado tiene derecho a que se lo absuelva".

rigidas al caso "Smith" (1961) A.C. 280, descalificó el criterio objetivo de la *mens rea*, estipulando en cambio que el jurado debe inferir la intención o previsión del agente de la prueba reunida en el caso y no del hecho de que lo ocurrido fue una consecuencia natural y objetivamente probable de su acción.

Así, de todas las ampliaciones que Stephen admitió respecto del caso principal en que el agente intenta matar a la víctima, sólo quedaron tres en pie: malicia implícita, malicia transferida y previsión de la probabilidad de resultado. La tercera es la que vamos a considerar ahora.

Hasta hace muy poco tiempo hubo escaso aporte judicial para esclarecer la cuestión de si la imprudencia consciente era una alternativa admisible de "malicia premeditada"; o se aceptaba sin discusión la fórmula de Stephen, o simplemente se hacían meras referencias incidentales a la necesidad de intención, o se confundía el problema con algunos aspectos de la definición de malicia premeditada. Sin embargo, en el caso "Desmond" (1868) *The Times*, 28 de abril, el juez explícitamente instruyó al jurado diciéndole que constituye homicidio (*murder*) realizar un acto con el conocimiento o creencia de que es probable que se va a sacrificar una vida; la misma regla se sostuvo en "Serné" (1887) 16 Cox C.C. 311 y en casos modernos como "Barnes and Richards" (1940) 27 Cr. App. Rep. 154 y "J. Bucket" (1964) 7 W.I.R. 271 (del Consejo Privado) ³⁶.

³⁶ En "Desmond" los procesados fueron acusados y condenados por *murder* en relación al hecho de haber volado con explosivos la pared de una cárcel, con la intención de liberar a un prisionero que integraba con ellos un grupo terrorista, causando la muerte de varias personas que pasaban por las inmediaciones. El juez Cockburn dijo: "Hubo otra visión más amplia del caso. Si un hombre cometió un acto, con más razón si fue un acto ilegal, aunque su propósito inmediato tal vez no fuera quitar la vida a alguien, de cualquier modo, si el acto fue tal que ponía necesariamente la vida de alguien en peligro; si un hombre cometió ese acto, no con el propósito de matar, pero sí con el conocimiento o creencia de que una vida sería proba-

Pero el caso en que el problema fue más extensamente discutido fue "Hyam" (1974) 2 W.L.R. 607, donde la defensa, concediendo que es correcto equiparar la intención y la previsión de consecuencias necesarias, atacó, en cambio, la equiparación entre intención y previsión de consecuencias *probables*, sosteniendo que tal vez algunas veces el jurado puede inferir la intención de la previsión del agente, pero que esto es solamente una cuestión de prue-

blemente sacrificada a consecuencia de él, el acto es *murder* no solamente de acuerdo con el derecho de Inglaterra, sino probablemente de cualquier otro país".

En "Serné" a los procesados se los acusó de matar al hijo inválido y retardado de Serné mediante la provocación de un incendio en la casa de éste, que causó la muerte del niño, salvándose el resto de la familia; se probó que Serné tenía problemas económicos, que había asegurado la vida del niño muerto y que había colocado, en unión con otro procesado, material inflamable cerca de la casa; el jurado declaró a los procesados no culpables por falta de pruebas suficientes. El juez Stephen dijo en algunos párrafos de su directiva al jurado: "...Es necesario que yo les explique, hasta cierto punto, el derecho de Inglaterra en relación al delito de *wilful murder* (homicidio intencional) en la medida en que ustedes escucharon decir algo acerca de 'malicia construida'. Ahora bien, esa frase, caballeros, no tiene absolutamente ningún significado jurídico. Hubo *wilful murder* de acuerdo con el significado pleno de la expresión o no hubo *murder* alguno en el presente caso. La definición de *murder* es homicidio antijurídico con malicia premeditada y las palabras 'malicia premeditada' (*malice aforethought*) son técnicas. Ustedes no deben interpretarlas ni suponer que haya que interpretarlas según las reglas del lenguaje ordinario; esas palabras deben interpretarse de acuerdo con una larga serie de precedentes que les han otorgado significados distintos de los que se podría suponer... Otro significado es un acto realizado a sabiendas de que probablemente causará la muerte de una persona. Es este acto el que se supone realizado en el presente caso; y si ustedes piensan que los dos o algunos de estos hombres que están en el banquillo mataron al niño, bien por medio de un acto realizado al intentar cometer un crimen, o sea prender fuego a la casa para defraudar a la compañía de seguros, bien por una conducta que, a sabiendas de ellos, fuera capaz de causar probablemente la muerte de alguien, y en consecuencia era peligrosa en sí misma, los procesados son culpables de *wilful murder* en el sentido llano de la palabra... Opino que, si esto se hizo realmente, importa muy poco que los procesados tuvieran o no la esperanza de que la gente escapara sana y salva. Si una persona decide, por algún propósito maligno, hundir un barco, no importa en lo más mínimo que esperara que los naufragos fueran a ser recogidos por un barco cercano; sería tan culpable de *murder*, si los pasajeros se ahogan, como si hubiera sumergido en el agua a cada persona con sus propias manos..."

ba, no una cuestión de principio; la diferencia entre las dos categorías de homicidio (*murder* y *manslaughter*) es, según la defensa, la diferencia entre intención y previsión.

Lord Dilhorne, Lord Diplock y Lord Cross, pese a sus diferencias en relación a otros temas (en particular respecto de la malicia implícita), concordaron en que la malicia premeditada existe cuando hay una previsión de la muerte como consecuencia sumamente probable. Lord Kilbrandon no se expidió sobre el tema. En tanto que Lord Hailsham se apartó de la apreciación mayoritaria de que la previsión de la probabilidad de muerte o grave daño corporal puede constituir la *mens rea* del homicidio (*murder*) y esgrimió un argumento que merece discusión.

Después de un examen de los precedentes relevantes, Lord Hailsham comenzó por distinguir dos sentidos de la palabra "motivo"; el primero es aquello que inspira o promueve la acción; el segundo es el fin o propósito último del agente. Afirmó que aunque un motivo, en el segundo sentido de la palabra, es una especie de intención, intención y motivo no son idénticos, ya que la intención abarca, además del fin, los medios para lograrlo y las consecuencias necesarias del fin y de los medios. Aceptó Lord Hailsham que cuando las consecuencias del fin o de los medios se prevén como meramente posibles o aun como muy probables, por lo común no se afirma que fueron intencionales. Añadió que, sin embargo, la falta de intención no exoneraría necesariamente al acusado, ya que todavía podría argüirse que la previsión constituye una alternativa legítima de la "malicia premeditada" requerida por la definición legal de homicidio (*murder*). Pero el mismo Lord Hailsham rechazó esta última hipótesis, con el argumento de que la intención, y no la previsión de la muerte o de un grave daño corporal, es lo que define al tipo más grave de homicidio. Sostuvo que es la exigencia de intención lo que permite absolver al cirujano que conoce el riesgo de

la operación, y condenar al asesino que adoptó un procedimiento al parecer no idóneo para causar la muerte de su víctima. Sin embargo, Lord Hailsham sostuvo que aun esta exigencia de intención no excluye la responsabilidad del acusado en el caso "Hyam" (que había incendiado una casa para asustar a una de sus ocupantes con el resultado de que murieron otros dos ocupantes), porque a su juicio la intención de exponer a la víctima al riesgo de muerte o de grave daño corporal basta para el homicidio.

Lord Hailsham resume su opinión sobre la malicia premeditada en el homicidio con las siguientes reglas:

1. Para que un acto pueda constituir homicidio (*murder*) debe ser dirigido contra alguien, como se explicó en "D.P.P. v. Smith" (1961) A.C. 290, 327, y también debe cometérselo con una de las siguientes intenciones, cuya determinación es siempre subjetiva respecto del acusado: *a*) la intención de causar muerte; *b*) la intención de causar grave daño corporal en el sentido explicado en "Smith", o sea una lesión realmente grave; *c*) si el procesado conoce el serio riesgo de muerte o de grave daño corporal que resultarán de su acto, y lo comete deliberadamente y sin excusa jurídica, la intención de exponer a una posible víctima a ese riesgo como resultado de dicho acto. En tales circunstancias no importa si el acusado desea que aquellas consecuencias se sigan o no, y en ninguno de estos casos importa que el acto y la intención se hubiesen dirigido contra una posible víctima distinta de la que sucumbió.

2. Sin la intención de una de esas tres clases, el mero hecho de que el acusado obre con conocimiento de que es posible o muy probable que se produzca un grave daño corporal como resultado de su conducta, no basta por sí mismo para convertir al homicidio en *murder*³⁷.

³⁷ Vimos antes, al hablar del caso "Hyam", la opinión de algunos de los jueces en relación al problema de la malicia implícita; conviene ahora

La argumentación de Lord Hailsham plantea varias dificultades interpretativas: hay, por lo menos, dos posibilidades de explicar su caracterización de la malicia premeditada.

transcribir algunas de sus observaciones acerca de si la previsión de la probabilidad de la muerte (o del grave daño corporal) basta para la malicia premeditada, y no obstante el resumen hecho en el texto de la exposición de Lord Hailsham sobre este punto, podrá ser útil también transcribir algunos párrafos de su extenso voto. Tras enumerar una serie de antecedentes en apoyo de su posición, dijo el Vizconde Dilhorne: "Sea que se considere, o no, que la realización de un acto con el conocimiento de que son muy probables ciertas consecuencias, implica la intención de provocar éstas, creo que es evidente que, al menos en los últimos cien años, se ha juzgado que ese conocimiento constituye malicia premeditada... Aunque a mi entender, en este caso, no sea estrictamente necesario establecer si tal conocimiento configura la intención requerida, pues aun si Ackner [el juez de primera instancia] hubiera errado al respecto, no significaría ello una directiva equivocada que justificara revocar la condena, ya que si no configuró intención, en todo caso el conocimiento habría constituido malicia premeditada. Por mi parte me inclino a pensar que Ackner tuvo razón. Un individuo puede realizar un acto con diferentes intenciones. De hacerlo deliberada e intencionalmente, a sabiendas de que es muy probable que causará un grave daño corporal, creo que muchos dirían justificadamente que, cualesquiera que hubieren sido las otras intenciones que hubiera podido tener, tuvo también la intención de provocar grave daño corporal..."

Lord Diplock, a su vez dijo en un pasaje: "En relación a la primera cuestión me limitaré a decir que estoy de acuerdo con aquellos de ustedes que defienden la simple tesis de que, para delitos de esta clase, no cabe hacer, en el derecho inglés, ninguna distinción entre el estado mental de quien comete el acto porque con él desea producir una determinada consecuencia perjudicial y el de quien lo comete a sabiendas de que lo probable es que se produzca tal consecuencia, aun si no es ella el objetivo perseguido con ese acto. Común a ambos casos es la disposición a producir esa determinada consecuencia nociva y a mi juicio ésa es la *mens rea* necesaria para satisfacer la condición exigida por el *common law* o por la ley de que, para que se configure el delito imputado, el agente debe haber actuado con la 'intención' de producir una determinada consecuencia perjudicial o, para emplear la antigua expresión que sobrevive todavía utilizada en los delitos de homicidio, con *malice aforethought*". Lord Cross de Chelsea dijo: "La definición de Stephen [de *malice aforethought*] comprende cuatro estados mentales: A-1, intención de matar; A-2, conocimiento de que el acto causará probablemente la muerte; B-1, intención de causar grave daño corporal; B-2, conocimiento de que el acto probablemente causará grave daño corporal. El defensor se ha esforzado en demostrar que hay una gran diferencia entre A-1 y B-1, así como entre A-2 y B-2, y que a menos que el procesado haya creído que la consecuencia en cuestión se produciría con certeza, no hay que equiparar la mera previsibilidad

Llamaré a la primera de ellas versión “fuerte”; ésta, que parece estar apoyada principalmente por la formulación final de las reglas propuestas, requeriría que sea intencional no solamente el acto que crea el riesgo sino tam-

de una consecuencia con la intención de producirla. Aun si se considera la cuestión desde el punto de vista lingüístico, no estoy seguro de que el hombre corriente estaría de acuerdo. Así, por ejemplo, si alguien en una ciudad estacionara un automóvil con una bomba de tiempo que al estallar lesionara a varias personas, pienso que el razonamiento del hombre común sería el siguiente: ‘El responsable de este acto terrible no puede haber lesionado a toda esa gente sin intención; lo ha hecho intencionalmente. El hecho de que no tuviera la seguridad de que alguien resultara lesionado es irrelevante (¿quién puede estar seguro de algo?); pero no menos irrelevante es que siendo su solo objeto llamar la atención sobre la situación en Irlanda y demostrar el poder del IRA, previendo que alguna gente resultara herida, eso le fue indiferente. Comprendo que un lógico podría objetar que el hombre corriente estaría usando el término ‘intencionalmente’ con diferentes matices de significado y hasta me avengo a aceptar que, de acuerdo con el uso correcto del lenguaje, el individuo en cuestión no tuvo la intención de lesionar a quienes resultaron heridos. Sólo que no estamos debatiendo un problema de lingüística; lo que nos interesa es si Stephen tuvo razón al decir que los estados mentales A-2 y B-2 constituyen ‘malicia premeditada’. A mí no me cabe duda de que realizar un acto antijurídico con conocimiento de que bien podría causar la muerte de alguien es *murder*’. Lord Hailsham dijo: “. . . Si ésta [la definición dada en el caso civil “Cunliffe v. Goodman” (1950) 2 K. B. 237] es una definición correcta en el derecho penal y en relación al homicidio, como sólo incluye el fin de una determinada acción y los medios para ese fin, así como las consecuencias necesarias del fin y de los medios empleados, me parece manifiesto que hay que distinguir la ‘intención’ tanto del ‘deseo’ como de la previsión de las consecuencias probables. . . No creo, por lo tanto, que el hecho de que un estado de cosas sea correctamente previsto como consecuencia sumamente probable sea equivalente al hecho de tener intención de provocar ese estado de cosas. . . Pero con esto no concluye el problema. . . Podría decirse que, aun admitiendo que previsión de las consecuencias no es lo mismo que intención, en todo caso podría ser una modalidad o especie alternativa de malicia premeditada, no menos efectiva que la intención, para convertir un homicidio en *murder*. . . [Sin embargo] por las razones que he expuesto, no creo que previsión de la probabilidad de una consecuencia sea lo mismo que intención, y en mi opinión, lo que constituye el elemento mental de *murder* es intención y no previsibilidad. Es la ausencia de esa intención de causar la muerte o grave daño corporal la que absuelve al cirujano que hace un trasplante cardíaco, no obstante prever como muy probable que su acción causará la muerte del paciente. Es la intención efectiva de dar muerte o causar grave daño corporal lo que condena al asesino que dispara desde lejos contra su víctima, pese a juzgar correctamente que será difícil que acierte. Pero, ¿qué decir del estado mental de un agente que sabiendo que el curso de la acción pro-

bién el riesgo mismo. Pero, ¿qué significa “intención de crear un riesgo”? Siguiendo el mismo análisis de Lord Hailsham, podemos decir, en principio, que cualquier estado de cosas, incluso la creación de un riesgo, es intencional si el agente lo toma: *a*) como un fin; *b*) como un medio para un fin, o *c*) como una consecuencia necesaria del fin o de los medios. Pero para distinguir el criterio de Lord Hailsham del mero requisito de previsión de la muerte o grave daño corporal, debe desecharse *c*, ya que “riesgo”

puesto expone a un tercero a grave riesgo de muerte o grave daño corporal y sin tener efectivamente la intención de producir esas consecuencias, sin embargo emprende deliberadamente y sin excusa legítima ese curso de acción, no tomando en cuenta si las consecuencias para la víctima potencial se producirán o no? .. El cirujano del trasplante cardíaco expone a su paciente a un riesgo, pero hace todo lo posible para salvarlo, considerando su acción como el mejor medio para asegurar su supervivencia. Por consiguiente no expone al paciente a ese riesgo sin excusa legítima y sin atender a las consecuencias. El automovilista temerario, culpable de *manslaughter* [homicidio culposo], pero no de *murder*, generalmente no dirige su acción contra alguien, en el sentido expuesto en ‘Smith’. Respecto al conocimiento culpable, hace mucho que, tanto en el derecho penal como en el civil, se ha aceptado que ‘aquel que cierra los ojos ante la verdad no será escuchado si dice que no supo’ (ver el voto de Lord Reid en ‘Southern Portland Cement Ltd. v. Cooper’, 1974, A.C. 623, 638)... Tal parece ser la verdad subyacente a las proposiciones del Digesto de Stephen, al resumen del juez Cockburn en el caso ‘Desmond’, al del juez Avory en ‘Rex v. Lumley’ (1868) 22 Cox C. C. 635 y a las frases de ‘Smith’ en las cuales se dice aparentemente, que lo que debe determinarse es si un ‘hombre razonable’ hubiera previsto las consecuencias de sus actos. Esto no implica restablecer la doctrina de la ‘malicia construida’ o la substitución de un criterio subjetivo por un test objetivo. Es el estado mental real de intención o conocimiento de un cierto individuo lo que en este caso, como en todos los otros, determina su responsabilidad moral”. Tampoco, por la misma razón, esto establece una presunción irrefutable. Simplemente proclama la verdad moral de que si un hombre con pleno conocimiento del peligro implicado y sin excusa legítima, hace deliberadamente lo que expone a otro al riesgo de probable daño corporal (en el sentido explicado) o muerte, y la víctima muere, el agente es culpable de *murder*, no de homicidio culposo, tal como si hubiese tenido efectivamente intención de causar la consecuencia que se produjo, e independientemente de que la deseara o no. ‘Esto es así porque las dos modalidades de intención son moralmente indistinguibles, aunque lo sean fáctica y lógicamente, y porque es justo que acarreen las mismas consecuencias para el agente así como lo hacen para la víctima si la muerte se produce”.

obviamente significa “probabilidad de daño” y, por lo tanto “prever un riesgo como necesario” es equivalente a “prever el daño correspondiente como probable”. Así, el criterio reflejado en *c* sería el tradicional presentado en forma disfrazada; sería como sostener, por ejemplo, que únicamente son punibles los delitos consumados pero agregando que también puede reprimirse la tentativa “consumada”. Entonces, uno está obligado a concluir que “intención de crear un riesgo” solamente puede comprender los casos en que el riesgo es tomado como un fin en sí mismo o como un medio para cierto fin. La primera situación es, en verdad, muy rara. La idea de que alguien pueda querer, como fin en sí mismo, exponer a otro a un riesgo, sin querer a la vez que el riesgo se materialice, es difícilmente concebible, excepto en un contexto similar al del circo de Calígula; es decir, se debe imaginar el caso de un sádico que se complace viendo a su víctima expuesta al peligro, pero le disgusta que su entretenimiento termine con la muerte o la incapacidad de ella. El caso en que el agente toma la exposición de la víctima a algún riesgo como medio para otro fin posterior distinto de su muerte o de un grave daño corporal, es ligeramente más frecuente pero raro también. Los hechos del caso “Hyam” encuadran exactamente en esta situación, ya que la acusada trató de amedrentar a una ocupante de la casa exponiéndola a riesgo de muerte. Algunos casos de tortura psicológica (por ejemplo: una ejecución simulada donde el tirador dispara contra su víctima, pero evita deliberadamente herirla) también ejemplifican esta situación.

Aunque este criterio parece resolver el caso “Hyam” en forma *prima facie* satisfactoria, presenta varias dificultades. La primera es simplemente que parece demasiado restrictivo; por ejemplo, no puede aplicárselo para inferir malicia premeditada en casos como “Desmond”, al que Lord Hailsham frecuentemente alude, dando la impresión de

que quiso subsumirlo bajo este criterio. En aquel caso los agentes obviamente no quisieron el riesgo como medio para un fin particular: a lo sumo previeron el riesgo como una consecuencia necesaria de sus acciones y el daño como consecuencia probable. La exclusión de estos casos del encuadramiento como homicidio (*murder*), no solamente pone en crisis la coherencia del argumento de Lord Hailsham, sino que también parece hacerlo valorativamente insatisfactorio. En otras palabras, el criterio sirve únicamente para resolver un número de casos bastante reducido entre toda la gama de situaciones cuya solución, ya sea de acuerdo con el máximo requisito de intención o con el mínimo de previsión, parece inadecuada.

La segunda dificultad de la versión “fuerte” depende de consideraciones más complejas. El alcance de la *mens rea* está evidentemente determinado por dos factores: la clase de actitudes subjetivas requeridas y las circunstancias hacia las que esas actitudes deben ir dirigidas. Aparentemente lo que estaba en discusión en “Hyam” es el primer factor, ya que el segundo está firmemente establecido respecto del homicidio (*murder*) por la regla de que tales circunstancias son la muerte o el grave daño corporal; el mismo Lord Hailsham sostuvo que la regla es tan indiscutible, que únicamente el Parlamento podría suprimir la intención de causar un grave daño corporal como una variedad de malicia premeditada. Sin embargo, Lord Hailsham propondría modificar lo que en la terminología de la teoría del delito llamaríamos el “tipo” del homicidio, agregando a las posibles variedades existentes de muerte y grave daño corporal, dos más: el riesgo de muerte y el riesgo de grave daño corporal. Pero de este modo se produciría una desviación aun mayor que la ya existente de la “regla ideal” de que la *mens rea* debe abarcar todo el *actus reus*. Resulta curioso que Lord Hailsham, mientras sostiene que únicamente el Parlamento puede restringir las variedades de cir-

cunstancias que el agente debe conocer o intentar, parece creer que los tribunales pueden agregar nuevas variedades a las ya reconocidas. Como veremos más adelante, existe indudablemente la posibilidad de argüir que, sostener que la intención de exponer a la víctima al riesgo de muerte o grave daño corporal basta para la malicia premeditada, no implica cambiar la referencia de *mens rea* sino simplemente su contenido. En otras palabras, podría decirse que la referencia de *mens rea* es todavía muerte o grave daño corporal y que la “intención de exponer a la víctima al riesgo de muerte o de grave daño corporal” describiría una actitud subjetiva hacia tales circunstancias y no otras. Pero esta afirmación requeriría formular distinciones cuya plausibilidad es, por lo menos, problemática.

Frente a las dificultades que presenta la versión “fuerte” del criterio de Lord Hailsham, se podría inferir que en realidad defiende una tesis más débil, que parece estar libre de los problemas reseñados y que daría coherencia a algunas de sus afirmaciones. Esta versión “débil” de la tesis sostendría que la malicia premeditada requiere intención de ejecutar el acto que crea el riesgo y no intención de crear el riesgo mismo. Algunos fragmentos del voto de Lord Hailsham³⁸ parecen sostener este criterio, como también lo hace su aparente opinión de que “Desmond” debe ser tratado como caso de homicidio (*murder*) con el criterio que propone.

El problema que plantea este criterio está en distinguirlo del tradicional, que Lord Hailsham parece ansioso por abandonar, de que la malicia premeditada puede materializarse con la mera previsión de la muerte o del grave daño corporal. Quienes apoyan esta regla admiten por lo

³⁸ Especialmente cuando dice “...si un hombre, con pleno conocimiento del peligro implicado y sin causa legítima, hace deliberadamente lo que expone a otro al riesgo de probable daño corporal (en el sentido explicado) o muerte, y la víctima muere, el agente es culpable de *murder*, no de homicidio culposo”.

común que el acto que provoca estas consecuencias debe ser intencional, pero añaden que las consecuencias mismas no es necesario que hayan sido intentadas, sino que basta simplemente con que se las haya previsto. Si la actitud subjetiva requerida fuera la intención de realizar ciertos actos (por ejemplo, quemar una casa) sabiendo que es peligroso, esto sería igual a exigir solamente la previsión de que la muerte o el grave daño corporal eran probables. No obstante, se podría decir que el criterio de Lord Hailsham se diferencia del tradicional por su exigencia de que el acto intencional peligroso debe ir dirigido hacia alguien, según lo dispuesto en "Smith". La frase "dirigido hacia *alguien*" resulta, sin embargo, oscura, ya que puede significar "dirigida contra una persona determinada", interpretación excesivamente restringida puesto que excluye casos como el de un terrorista que arroja una bomba para matar a alguien, no importa a quién, como medio de provocar una reacción pública. La interpretación solamente puede ser que el acto debe ir dirigido contra una persona determinada o indeterminada; pero, aun así, no se desvanecen otras dudas. ¿Qué clase de acto es el que crea el riesgo y debe ir "dirigido hacia alguien"? Un "acto antijurídico", responde el Vizconde Kilmuir en "Smith"; pero obviamente la descripción de conformidad con la cual el acto se califica de antijurídico no puede ser una que se refiera a las consecuencias de muerte o de grave daño corporal o a la producción del riesgo de tales consecuencias, ya que esto implicaría requerir que estos efectos sean queridos por el agente. Si el acto debe ser antijurídico, tiene que serlo por otras razones. Pero en muchos casos la actividad que el agente emprende intencionalmente no es en sí misma antijurídica (si no se considera la posterior producción de muerte o de grave daño corporal o el riesgo de ellos). Aun en los casos en que la actividad es ilegal, nos enfrentamos con otra dificultad más, a saber, la de determinar el sig-

nificado de “dirigido” en la frase “dirigido hacia alguien”. En “Desmond” el agente intencionalmente realizó un acto antijurídico (volar el muro de la prisión para facilitar la fuga de los reclusos), pero ¿fue dirigido hacia alguien en el sentido indicado? Si no lo fue, “Desmond” queda nuevamente excluido del criterio de Lord Hailsham; si, por el contrario, sostenemos que la acción debe estar dirigida hacia alguien solamente en el sentido de estar destinada a producir un efecto, que puede ser perjudicial o beneficioso o lo que fuere, sobre otra persona, que no es necesario que sea la “víctima” del acto (en “Desmond”, ¡la explosión habría sido dirigida hacia los prisioneros!), permitiremos soluciones absurdas. ¿Qué sucedería, por ejemplo, en el caso de quien conduce peligrosamente un vehículo para llevar a otro a tiempo a la estación? ¿por qué no decir que la acción estuvo dirigida hacia el pasajero? Parece surgir de estas consideraciones que ni el requisito de que el acto que crea el riesgo debe ser intencional, ni el requisito de que ese acto sea en sí mismo antijurídico, ni el requisito de que esté dirigido hacia alguien, constituyen limitaciones efectivas al criterio tradicional de que la previsión de muerte o grave daño corporal basta para constituir malicia premeditada.

Además, en el voto de Lord Hailsham hay otras obscuridades en relación al tratamiento del caso del cirujano. Por un lado pretende exonerar al cirujano que prevé la gran probabilidad de la muerte del paciente recurriendo a su falta de intención y, por otro lado, resuelve el caso diciendo que el cirujano tiene una excusa legal. Debemos hacer notar, en primer lugar, que únicamente la versión “fuerte” del criterio de Lord Hailsham implica la consecuencia de que el cirujano no ha actuado con malicia premeditada, y en segundo término, que es bastante extraño sostener que un cirujano, que presumiblemente actuó se-

gún las reglas de su profesión, tenga solamente una “excusa”³⁹.

Lo que llama la atención en estas discusiones de la jurisprudencia inglesa es que no se explore la posibilidad de pro-actitudes, como las de consentimiento o tolerancia entrevistas por la teoría continental del delito, que, sin llegar a constituir intención, implican algo más que la mera previsión de las consecuencias. Sin embargo, la dificultad principal del razonamiento judicial inglés en lo referente a este tema no reside en sus conclusiones, sino más bien en cierta deficiencia metodológica que también presenta la teoría continental del delito. Si examinamos las justi-

³⁹ En *Will, Power and Freedom*, Oxford, 1975, el filósofo A. Kenny desarrolla un interesante análisis de “Hyam”. Básicamente defiende la tesis de Lord Hailsham en su versión “fuerte” pero combinándola con la posición de Lord Diplock contra la malicia implícita. Así, Kenny propone que la *mens rea* del homicidio (*murder*) sea la intención directa de matar o de crear serio riesgo de muerte. Sus razones para esta propuesta (que considero poco convincentes) son que está de acuerdo con la *communis opinio* acerca de cómo debería ser la ley, y que de este modo, se logra claridad conceptual al ajustar la terminología legal relevante al uso corriente (principalmente de la palabra “intención”). Aparte de este tema central, Kenny advierte que el recurso de Lord Hailsham a la idea de “excusa legal”, en su consideración del caso del cirujano, es superfluo (ya que el requisito de intención respecto del riesgo de muerte basta en sí mismo para resolver el caso) y crea el peligro de abrir la puerta a controversias sobre posibles excusas de la creación intencional del riesgo. Como digo en el texto, referirse a una “excusa” es engañoso: la acción del cirujano está *justificada*. Con esta salvedad, mi posición (que expondré más adelante) es opuesta a la de Kenny: es la existencia de una justificación la que hace superfluo considerar la intención del cirujano. El criterio de Kenny obliga a sostener que hubo malicia premeditada en un caso hipotético en que la exposición del paciente al riesgo de muerte es intencional por estar indicada terapéuticamente para prevenir un daño mayor al paciente (p. ej., su muerte segura). Supongamos que el paciente tuviera una fuerte tendencia al suicidio y los psicólogos estuvieran de acuerdo en que el mejor tratamiento para esa tendencia es exponerlo, con su consentimiento, a un leve peligro de muerte que le creará, de sobrevivir, una aversión permanente a la idea de morir. En este caso el riesgo de muerte es intencional. La misma justificación que se alegaría en un caso semejante (a pesar de la presencia de intención) es aplicable a las heridas causadas en un proceso operatorio ordinario y a la eventual muerte como resultado de tal proceso. Esto muestra que lo relevante en los casos de intervenciones quirúrgicas es la presencia de una causa de justificación y no la falta de intención.

ficaciones que se ofrecen en apoyo de una u otra solución, notaremos que son fundamentalmente de tres clases: la invocación de alguna ley o precedente que supuestamente ofrece alguna guía para decidir la cuestión; el análisis del significado de algunas expresiones relevantes, como "intención"; y la relación de distintas actitudes subjetivas con la reprochabilidad moral del acto. Más adelante mostraré que ninguna de estas razones es, en general, concluyente para resolver este problema. Hay que buscar una fundamentación general del requisito de *mens rea* o de culpabilidad en el contexto de la justificación de la pena; si logramos un acuerdo sobre un principio general que gobierne la cuestión y podemos construirlo con suficiente precisión, los límites del requisito de actitudes subjetivas podrán inferirse con relativa facilidad. En otras palabras, la controversia sobre qué actitudes subjetivas deben exigirse para la responsabilidad penal no puede ser racionalmente decidida sin recurrir a una concepción general de índole valorativa acerca de las condiciones en que la imposición de una pena puede justificarse.

D. LA RELEVANCIA DE LOS MOTIVOS

Al referirnos al rol de la intención en la responsabilidad penal es difícil no aludir también a la relevancia de los motivos del agente. Dos circunstancias justifican esa referencia: en primer lugar, que en muchos contextos no es clara la distinción entre la intención del agente y sus motivos; segundo, que no es obvio por qué debe hacerse la distinción entre estos elementos subjetivos cuando se trata de imputar responsabilidad penal.

La necesidad de hacer tal distinción es apoyada por la mayoría de los juristas y tribunales de ambas tradiciones jurídicas, que concuerdan con el núcleo de este pasaje de

Hall (aunque no necesariamente con su enfoque moralista del requisito de *mens rea*)⁴⁰: “El juicio moral relevante implicado en la ley penal es absoluto: por buenos que hayan sido los motivos del actor, si voluntariamente (con *mens rea*) cometió una infracción penal, en algún grado es moralmente culpable; por lo menos en grado suficiente para justificar que sea sometido a control bajo libertad vigilada. La determinación y valoración de los motivos de la conducta criminal son sólo materia de consideraciones administrativas y, en primer lugar, de la discreción judicial para la selección de la condena apropiada”.

En los países de tradición continental prevalece la misma idea, que el jurista italiano Ranieri expresa con estas palabras⁴¹: “Mientras que la intención no va más allá del resultado que la ley requiere para la comisión del delito, el propósito del agente alcanza, a veces, a algo diferente de dicho resultado y el motivo es la causa que genera tal intención. Por ello la intención es relevante para la existencia de todos los delitos que requieren dolo; el propósito ulterior sólo interesa en los delitos específicos que se definen con referencia a él, y los motivos deben tomarse en cuenta en la selección del grado y clase de la pena”.

Algunos juristas continentales se inclinan a reconocer que los motivos del agente tienen una mayor relevancia que la que se les reconoce en el pasaje transcripto. Cuando la teoría normativa de la culpabilidad fue aceptada, algunos autores, pero no la mayoría de ellos, comenzaron a pensar que los motivos deberían ser tomados en cuenta en el juicio de reproche implicado en la adscripción de culpabilidad. El principal expositor de este enfoque fue

⁴⁰ *General Principles of Criminal Law*, Indianápolis, 1947, p. 158.

⁴¹ *Manuale de diritto penale*, 3ª ed., Padua, 1956, vol. I, p. 276.

M. E. Mayer⁴², quien sostuvo que la censura, que es de la esencia de la culpabilidad, es un reproche de un proceso de motivación y que el dolo y la culpa son solamente formas de una motivación ilícita.

Las decisiones judiciales oscilan entre desconocer totalmente o reconocer implícitamente en algún grado la relevancia de los motivos del agente para la determinación de su responsabilidad. La opinión prevaleciente es no conceder importancia a los motivos, como cuestión de principio (generalmente con el argumento de que los motivos son sólo relevantes para la responsabilidad moral), pero admitiendo excepciones en algunos casos, sin presentarlas explícitamente como tales. Como afirma el jurista francés Pierre Bouzat⁴³, los jueces penales ocasionalmente recurren a la confusión entre motivo e intención con el mismo propósito de adecuar la ley a ideales de justicia que tienen en mente los jueces civiles cuando confunden motivo con causa.

No es muy diferente el panorama jurídico inglés.

G. Williams distingue los dos significados siguientes de "motivo"⁴⁴: primero, una emoción que impulsa el acto, como los celos, y, segundo, la intención de un estado de cosas que va más allá del que constituye el *actus reus*. Sostiene también que, "por definición", el motivo es irrelevante para la responsabilidad criminal; pese a ello sugiere después que, como principio legislativo, las leyes deben diseñarse de tal modo que exijan una actitud maliciosa o deshonestas.

La opinión prevaleciente en los tribunales con relación a la relevancia de los motivos del agente se revela en el

⁴² Ver la teoría de los motivos en Jiménez de Asúa, ob. cit., vol. V, nº 1576, p. 484.

⁴³ *Traité de droit penal et de criminologie*, París, 1963, vol. I, p. 185.

⁴⁴ Ob. cit., p. 48.

caso "Chandler" (1964) A.C. 763, en el que se juzgó a un grupo de personas pertenecientes a la "Campaña para el desarme nuclear", que intentó impedir el despegue de un avión sentándose en el aeropuerto, por violación al art. 1º de la Ley de Secretos Oficiales de 1911 que castiga el ingreso en zonas prohibidas con algún propósito perjudicial para la seguridad o intereses del Estado; el grupo alegó que su propósito era proteger los intereses del Estado.

Lord Radcliffe, por la mayoría, sostuvo que lo alegado por los acusados era un motivo y no un propósito o, en todo caso, un propósito indirecto, no directo. Afirmó que el propósito directo es el que interesa y que, en el caso, el propósito directo era obstruir el aeropuerto, hecho que sostuvo que era perjudicial para los intereses del Estado, cualquiera que fuese la naturaleza de los motivos o propósitos indirectos del grupo. Lord Radcliffe destacó que el caso difería totalmente del hipotético en que se impidiera levantar vuelo a un avión para evitar que estallara una bomba oculta en el aparato; en ese caso la obstrucción no es un propósito directo sino indirecto (un medio para lograr algún otro fin) y el propósito directo es precaver el desastre.

El argumento es débil, como fácilmente se advierte, porque tanto en el caso real como en el hipotético la obstrucción del campo de aterrizaje está destinada a impedir el despegue de un avión, lo que a su vez fue un medio para lograr ciertos fines ulteriores, diferentes en cada caso. Si la obstrucción es lo que se toma como propósito, en ambos casos se la concibe como un medio; si se considera la obstrucción en sí misma, independientemente del valor del fin, como perjudicial para el Estado, el perjuicio debe ser idéntico en los dos casos.

Claramente se percibe que, lejos de excluirse consideraciones de los motivos o de los fines últimos del agente, como declara la sentencia, el tribunal implícitamente evaluó tal fin y estimó la eficacia y razonabilidad de los

medios empleados para lograrlos. No se puede evitar pensar que, si la cadena causal de hechos que los agentes trataron de generar hubiera sido más inmediatamente evidente, simple y efectiva (supongamos que la acción realmente hubiera impedido una concreta amenaza de guerra nuclear), el tribunal habría concluido que existían mejores razones todavía para eximirlos de responsabilidad que en el ejemplo de la bomba.

En algunos pocos casos los tribunales ingleses admitieron la eficacia de los motivos para excluir la responsabilidad del agente. Por ejemplo, en "Ahlers" (1915) 1 K.B. 616, Lord Reading hizo reiterada referencia a la necesidad de considerar los propósitos del agente y de determinar su carácter malicioso y, así, se absolvió a quien era acusado de ayudar a los alemanes a volver a su patria durante la guerra sobre la base de que su objetivo era cumplir su deber como cónsul y no el de lesionar los intereses del Estado. En "Matthews" (1950) 1 All E. 137, se admitió que recibir mercaderías sustraídas no constituye delito cuando el propósito es devolverlas al propietario⁴⁵.

⁴⁵ Del voto de Lord Radcliffe en "Chandler", transcribiré los siguientes pasajes: "Todas las controversias acerca de motivos e intenciones o propósitos son susceptibles de caer en una confusión sobre el significado de los diferentes términos, y no es difícil demostrar, si se las analiza, que esas palabras reflejan ideas que se entremezclan sin una clara línea de demarcación. En todo caso, la distinción entre motivo y propósito, por ejemplo, es suficientemente familiar en el lenguaje corriente y hay ramas del derecho en las que esa distinción es inevitable. En este caso la ley del Parlamento ha introducido la idea de propósito como elemento determinante para la identificación del delito imputado, y los juristas, cuya tarea es estudiar el significado de las palabras y observar las distinciones relevantes entre ellas, no pueden eludir, por consiguiente, tal deber, limitándose a decir que 'propósito' es una palabra carente de contenido preciso. Deben esforzarse por determinar su contenido en el contexto de esta ley. Por mi parte, no podría decir que experimento gran dificultad en hacerlo aquí. No creo que, de ningún modo, los fines de los apelantes al realizar una manifestación por obstrucción hayan constituido un propósito, en el sentido de esta ley. Creo que esos objetivos eran su motivo, la razón por la cual quisieron hacer una manifestación pública, pero esos objetivos no constituían el propósito por el cual se aproximaron al aeropuerto o intentaron ingresar a él. Desde este

Este tema nos muestra nuevamente el curso errático de las soluciones propuestas que, en ambos sistemas jurídicos, nace de la falta de un criterio general, basado en una coherente y clara justificación del requisito de *mens rea* o de culpabilidad. Por un lado, una vaga adhesión a la justificación de tal requisito fundada en una concepción

punto de vista, no creo que la distinción entre propósitos inmediatos y a largo plazo sea la más satisfactoria que pueda proponerse. Si la palabra 'propósito' debiera retenerse para designar tanto el objetivo como el motivo, creo que la mejor distinción para proponer al jurado sería entre propósito directo e indirecto, ya que estos adjetivos son menos capaces de crear confusión. Soy de la opinión que si el propósito directo de una persona al acercarse o ingresar a un lugar prohibido es causar una obstrucción o interferencia, y tal obstrucción o interferencia se considera perjudicial a las disposiciones del Estado en materia de defensa, entonces el delito ha sido cometido y los motivos o propósitos indirectos del agente al causar tal obstrucción o interferencia no alteran la naturaleza del contenido del delito. Es importante advertir que el caso que estudiamos es uno en que los apelantes han intentado obstruir el aeropuerto precisamente con miras a obtener tal obstrucción. Ninguna otra cosa que no fuera la obstrucción habría satisfecho su propósito. Esa era la clase de manifestación pública que deseaban y su intención era utilizar la obstrucción como medio para realizar su campaña en favor del desarme nuclear. No considero que este caso, en el que la obstrucción fue directamente intentada, sea comparable con los casos hipotéticos aducidos por la defensa, en los que la obstrucción, aunque intencional, es sólo el propósito indirecto que se tiene al entrar en un lugar prohibido. ¿Es un hombre culpable de delito, se preguntó la defensa, si corre en un aeropuerto intentando impedir que un avión levante vuelo porque sabe que lleva oculta a bordo una bomba de tiempo? Yo diría que no es culpable, por la razón de que su propósito directo no fue procurar la obstrucción, sino prevenir un desastre, siendo la obstrucción un medio para alcanzar tal fin..."

En "Ahlers" se trataba de un ciudadano inglés cónsul de Alemania en 1914, que al día siguiente de la declaración de guerra entre Inglaterra y Alemania dio dinero e información a ciudadanos alemanes en edad militar residentes en Inglaterra para que regresaran a su país; acusado de traición por adherirse a los enemigos del rey, alegó primero ignorar la declaración de guerra y, a todo evento, que creía que su deber, a la luz del derecho internacional, era ayudar a los súbditos del país enemigo a retornar a él. El juez de primera instancia lo condenó, no habiendo sometido al jurado la segunda defensa alegada. Apeló con éxito a la Cámara de Apelaciones en lo Criminal; al fundar este fallo, Lord Reading dijo: "...La defensa aducida fue que, actuando en su carácter de cónsul y de acuerdo con sus creencias, el objetivo del procesado era ayudar a los súbditos alemanes a regresar a su patria, y que su intención no era de ningún modo lesionar los intereses de este país sino únicamente cumplir con su deber... El distinguido juez..., desafortunadamente, concentró su atención principalmente en la afirmación

retributiva de la pena, favorece el reconocimiento de algunos propósitos y disposiciones especiales como relevantes para el reproche moral; por otro lado, ideas opuestas de disuasión y acerca de la separación del derecho y de la moral presionan en sentido contrario. El resultado es que, cuando el propósito o estado emotivo del agente no se consideran suficientemente excusables, o dicho estado no está suficientemente definido, o los medios empleados para lograr tal propósito no son suficientemente eficaces o razonables, se acude al dogma de que los motivos son irrelevantes para la responsabilidad penal (y no que algún motivo en especial sea irrelevante); pero cuando se siente que el acusado es tan moralmente inocente como para dejar de lado consideraciones de prevención, se reconoce entonces la eficacia excusante de algún motivo, aunque generalmente se lo hace en forma encubierta y sin especificar y justificar las condiciones que permiten una excepción al supuesto principio general.

E. EL CONOCIMIENTO DEL "STATUS" JURÍDICO DE LA CONDUCTA

El agente puede realizar intencionalmente un acto que es delito sin intentar cometer un delito. Por ejemplo, un acto puede ser un aborto intencional aunque el agente no tenga la intención de cometer el delito de aborto; evidentemente, así ocurre cuando el agente desconoce que el acto está prohibido por la ley. Esto implica, sin duda, que el

del procesado de que no sabía que la guerra había comenzado, y no presentó al jurado la cuestión alternativa respecto de sus propósitos e intención. No podemos determinar que se haya llamado la atención del jurado en algún momento acerca de la posibilidad de decidir, si eligiera hacerlo, que el procesado no se había movido por aquella intención y no había tenido el propósito de ayudar y respaldar a los enemigos del rey. Tampoco podemos decir que el jurado no habría llegado a una conclusión favorable al apelante si las dos alternativas le hubieran sido presentadas..."

requisito de intención o previsión no supone en sí mismo el de conocimiento de la prohibición legal, que debe ser objeto de consideraciones separadas.

Esta condición de responsabilidad penal es, como bien se sabe, materia de mucho más agitada controversia que el requisito del conocimiento de las circunstancias que describe la ley penal.

Los códigos penales ofrecen diferencias en este aspecto: algunos guardan silencio acerca de qué categoría de error da lugar a una excusa⁴⁶; otros, los más, reconocen el error de hecho sin hacer referencia al error de derecho⁴⁷; otros, muy pocos, rechazan explícitamente el error de derecho como posible excusa⁴⁸.

La teoría continental del delito, casi desde sus orígenes, se pronunció en favor de una parcial admisión, al menos, de la *ignorantia iuris* como excusa, influyendo en diversos grados, sobre la jurisprudencia.

Como ya vimos, Beling definió el dolo, no sólo como conocimiento y voluntad de las circunstancias que son parte del *Tatbestand* del delito, sino también como conocimiento de la antijuridicidad de la conducta. Este autor⁴⁹ criticó la tendencia del Reichsgericht alemán a rechazar el error de derecho como excusa, salvo que el error se refiriese a disposiciones de la ley civil relevantes para definir al delito. Beling sostuvo que aquel criterio no tenía en cuenta que requerir conocimiento de la antijuridicidad de la acción no es lo mismo que requerir conocimiento de la punibilidad de la conducta, sino que implica que el agente debe conocer la oposición entre su acción y el sistema jurídico global (incluyendo, por lo tanto, el derecho civil); en consecuen-

⁴⁶ Por ejemplo, los de Francia, Bélgica, Holanda y Finlandia.

⁴⁷ Por ejemplo, los de Alemania (Código de 1871) y de la República Argentina.

⁴⁸ Por ejemplo los de Italia y Austria.

⁴⁹ Ob. cit., p. 79.

cia, sostuvo que era ilógico admitir la ignorancia del derecho civil como una excusa y no admitir como tal la ignorancia de otras regulaciones y principios que también determinan la antijuridicidad del comportamiento.

La formulación clásica de la teoría continental del delito sostuvo que los errores de hecho y de derecho excluyen el *dolo* y, como consecuencia, la culpabilidad. Esta última no resultaba excluida, sin embargo, cuando el error —fáctico o de derecho— lo es por negligencia, si el sistema legal prevé el delito culposo correspondiente.

El error de derecho podía ser, para esta versión de la teoría, de tres clases: *a*) un error acerca de la prohibición general de la clase de acción cometida; *b*) un error acerca de la existencia de una justificación específica para la acción cuando es realizada en ciertas circunstancias especiales, que exceptúan la acción de la prohibición general; y *c*) un error acerca de las circunstancias fácticas que sustentarían tales justificaciones específicas. Algunos autores defendían un esquema ligeramente diferente⁵⁰, clasificando el error de la clase *c* como un error de hecho.

La teoría más reciente, como dijimos, concentró su atención en la clasificación y caracterización del requisito de conocimiento de la antijuridicidad y ha propuesto un compromiso intermedio entre la completa aceptación y el rechazo del efecto excusatorio del error de derecho. Por lo pronto se abandona la terminología tradicional de error de hecho y error de derecho, por creer que es equívoca, ya que la distinción no debería ser entre error acerca de las propiedades fácticas de la conducta y error acerca de las propiedades normativas, sino entre un error acerca de las circunstancias fácticas o normativas que sean parte del tipo, por un lado, y un error acerca de propiedades fác-

⁵⁰ Ver los autores citados en cap. I, p. 64.

ticas o normativas que sean relevantes para la antijuridicidad de una acción típica, por el otro.

Así, por ejemplo, un error acerca de las condiciones normativas bajo las cuales alguien es funcionario público (que es parte de la definición legal de la víctima en algunos delitos), junto con un error acerca del hecho de que dicha persona sea un funcionario público, se clasifica como "error de tipo".

El error acerca de la existencia de una circunstancia que justificaría la conducta —tal, por ejemplo, un ataque previo de la víctima que resulta muerta, junto con un error acerca del reconocimiento por la ley de la legítima defensa como causa de justificación— se clasifica como "error de prohibición". Naturalmente que ello presupone (como lo aceptan la mayoría pero no la totalidad de los juristas modernos), que la ausencia de circunstancias que de estar presentes justificarían la acción, no es parte del tipo.

Como hemos visto, la mayoría de los autores proponen ahora que el dolo que forma parte del tipo no abarca el conocimiento de la antijuridicidad de la acción; como consecuencia de su supuesta naturaleza normativa este conocimiento se trata como parte del juicio de culpabilidad, que ha sido previamente liberado de toda referencia al dolo del agente. Esto tiene la siguiente consecuencia: aunque el agente desconociera que su acción era antijurídica (porque erróneamente creía que no estaba genéricamente prohibida o que estaba cubierta por una especial justificación), dicha acción pudo haber sido cometida con dolo, y la disposición penal puede ser aplicable: el error de la prohibición no impide que la acción se catalogue como intencional, pero puede afectar a la culpabilidad del agente. Si el error es razonable, se excluye la culpabilidad y, por lo tanto, la pena, mientras que si es negligente se disminuye la culpabilidad, y consiguientemente, la pena dentro de los márgenes fijados para el delito doloso.

Este tratamiento es distinto del que se infiere de la tesis de que el conocimiento de la antijuridicidad pertenece al dolo, el que a su vez, forma parte del tipo. Con este criterio, hasta un error negligente de la prohibición excluiría el dolo, y, con él, la posibilidad de subsumir la acción bajo la descripción de un delito doloso; en este caso, sólo si el sistema legal provee una figura culposa paralela, será punible la acción.

También discrepan los juristas acerca de si debe requerirse (para afirmar el dolo o la culpabilidad) un conocimiento efectivo de la antijuridicidad o sólo la capacidad u oportunidad de tal conocimiento, llamado "potencial".

Finalmente, los juristas modernos difieren, como hemos dicho, acerca de si una creencia errónea sobre la existencia de circunstancias que justificarían la acción es un error sobre el tipo (si estas condiciones negativas fueran parte de él) o un error de prohibición. Esto no sería de ningún modo relevante si el error de prohibición excluyera, de cualquier modo, el dolo, ya que no habría diferencias prácticas entre estas clases de error; pero es relevante en la medida en que se entiende que el error de prohibición no excluye el dolo sino que sólo excluye o disminuye la culpabilidad por un delito doloso.

Maurach combina estas tres diferencias y enumera cuatro posibles posiciones resultantes sobre el alcance del error de prohibición⁵¹: *a*) la que sostiene que la falta de conocimiento efectivo de la antijuridicidad excluye el dolo y, con él, la tipicidad de la acción (llamada "teoría estricta del dolo"); *b*) la que sostiene que la falta de *oportunidad* para comprender la antijuridicidad es lo que excluye el *dolo* (llamada "teoría limitada del dolo"); *c*) la que afirma que la falta de oportunidad para comprender la antijuridicidad excluye la *culpabilidad* y que una oportunidad restringida atenúa dicha culpabilidad (llamada "teoría estricta

⁵¹ Ob. cit., vol. II, p. 131.

ta de la culpabilidad”); *d*) la que acepta el criterio anterior, pero agregando que el error acerca de las *circunstancias fácticas que fundamentan una justificación* debe excluir el dolo y no meramente la culpabilidad (llamada “teoría limitada de la culpabilidad”).

La mayoría de los juristas alemanes aceptan la tesis *c*, que es indudablemente la que otorga un alcance más limitado al error sobre la antijuridicidad de la acción.

Un tribunal alemán, el Bundesgerichtshof por su Gran Senado para casos criminales, adoptó este criterio en una decisión célebre⁵².

Un tribunal inferior consultó al Gran Senado: primero, si, además del conocimiento de los hechos referidos por la descripción de la figura delictiva, también el conocimiento de la antijuridicidad corresponde a la culpabilidad; y, segundo, en caso afirmativo, si el agente es culpable cuando su falta de conocimiento de la antijuridicidad de la acción se debe a propia negligencia.

La respuesta del Gran Senado fue afirmativa respecto de la primera consulta, y en relación a la segunda contestó:

“Si el individuo, pese al esfuerzo intelectual que realizó (que depende de las circunstancias del caso y de su posición social y profesional) no hubiera conocido la antijuridicidad de su acto, su error será insuperable e inevitable y se excluye su culpabilidad. Pero si estuvo dentro de la capacidad del individuo descubrir que el acto era antijurídico, su error no excluirá ya su culpabilidad por el acto, pero podrá atenuarse el grado de esa culpabilidad en proporción a su mayor o menor ‘negligencia’”.

Esta decisión implicó una neta desviación de la postura judicial tradicional (criticada por Beling), y un apoyo importante a la teoría que considera el conocimiento de la antijuridicidad no como parte del dolo sino como parte de

⁵² Ver Jiménez de Asúa, ob. cit., vol. VI, nº 1792, p. 535.

la culpabilidad. Sin embargo, más adelante, el mismo tribunal adoptó un criterio más liberal que el de la mayor parte de los juristas⁵³, defendiendo la tesis de que el error referente a circunstancias fácticas que fundan justificaciones es un error de tipo y, por consiguiente, excluye el dolo (teoría *d*).

Es obvio que todas estas complicadas maniobras están impuestas por el uso de un intrincado esquema conceptual y por no encarar abiertamente los problemas valorativos involucrados en la justificación de las diversas soluciones, con el pretexto de que la solución defendida está implícita en el derecho positivo y que se la “descubre” una vez que se aplica una apropiada técnica de interpretación. Todas las variantes propuestas por estas distintas teorías podrían, en realidad, ser formuladas en el contexto de la relativamente simple sistematización que hizo Beling de los elementos del delito. El problema reside en que, tan pronto como se recurre al mismo esquema conceptual que estaba previamente conectado con soluciones normativas diferentes de aquellas que se proponen, se ve claramente que se debe justificar las nuevas soluciones sobre bases que no consistan en un mero análisis conceptual; y esto es lo que la dogmática trata de evitar.

Aun así, la dogmática continental tiene el mérito de haber influido, aunque con alcance bastante diferente en cada país, en el reconocimiento de ciertos efectos para la ignorancia del derecho.

En el derecho inglés prevalece, en cambio, el criterio de que, salvo unas pocas excepciones, el error de derecho no excusa.

La regla, así como la insinuación de que pueden admitirse algunas excepciones a ella, están expresadas en el art. 12 del *Digesto* de Stephen: “El hecho de que el acusado

⁵³ Ver Jiménez de Asúa, ob. cit., vol. VI, nº 1770, p. 416.

ignore la ley no es de ningún modo excusa para su delito, pero puede ser relevante para resolver si un acto que sería delito de ir acompañado por una cierta intención u otro estado mental, y no de otra manera, fue o no realmente realizado con esa intención o estado mental”.

Este principio se aplica aun en casos en los cuales se haya demostrado la imposibilidad de conocer que el acto había sido prohibido.

Una drástica decisión que sostuvo este criterio fue la de “Bailey” (1800) 168 E.R. 651, en que el acusado era el capitán de una nave que disparó contra otra en alta mar, conducta reprimida por una ley sancionada un mes y medio antes del hecho, cuando la nave estaba en las costas de África y sin que existiera posibilidad alguna de que el acusado conociera la existencia de la ley al tiempo del incidente. La defensa fue rechazada pero el acusado fue perdonado.

En “Esop” (1836) 7 C & P 456, se rechazó la ignorancia del derecho inglés alegada por un hindú acusado de prácticas sexuales antinaturales cometidas a bordo de un buque anclado en puerto inglés. El mismo principio se aplicó en “Barronet and Allain” (1852) Dears C.C. 51, donde un francés implicado en un duelo alegó ignorar que la ley inglesa lo prohibiera.

Las pocas excepciones admitidas a esta estricta regla son las siguientes:

Se admite el desconocimiento del derecho cuando el *actus reus* requiere una condición definida por la ley y el agente está equivocado acerca de la definición legal de ella. Por ejemplo, en caso de matrimonio ilegal, cuando el resultado es consecuencia de un error acerca de la existencia misma de un matrimonio previo y subsistente, se ha sugerido, como *obiter dictum*, que puede admitirse el error acerca de la ley de matrimonio⁵⁴. Para poner otro ejem-

⁵⁴ Ver Smith y Hogan, ob. cit., p. 54.

plo, en "Roberts" (1889) 27 Sc. L.R. 198, se absolvió al procesado acusado del delito de trasladar un vacuno de un distrito a otro porque erróneamente creía que ambos distritos estaban legalmente unificados.

Otra excepción, fácilmente confundible con la primera, excluye la *mens rea* del delito cuando el agente obra creyendo positivamente ejercer un derecho; aun en este caso la mera ignorancia de la ley no es suficiente: es necesario que el acusado haya tenido una creencia positiva de que la ley le otorgaba derecho a obrar como lo hizo.

En "Day" (1844) 8 J. P. 186 se absolvió al acusado de lesionar una oveja ajena porque actuó en la creencia de que tenía derecho a hacerlo ya que su propietario había rehusado indemnizarle el daño causado por la oveja.

En "Twose" (1879) 14 Cox C. C. 327, se absolvió al acusado de quemar arbustos para mejorar el crecimiento de los pastos comunales ya que ello era costumbre del lugar y, por lo tanto, actuó creyendo que tenía derecho a hacerlo.

El mismo principio fue reconocido en la Ley de Hurto de 1968 (*Theft Act*), S. 2 (I) a, que establece que no es "apropiación deshonestá" la de quien se apropia de lo que pertenece a otro creyendo que tiene derecho de hacerlo.

La mayor parte de los autores critican el rígido rechazo de la ignorancia de derecho que impera en las decisiones judiciales y el estrecho alcance de las excepciones admitidas.

Williams⁵⁵ propone que se aplique el antiguo criterio de los tribunales alemanes que ya hemos expuesto, y que admitía un error relevante acerca de la ley extrapenal. Smith y Hogan⁵⁶, por su parte, apoyan el criterio de la ley escandinava que admite varias excepciones, como en el caso del extranjero que no puede conocer la ley vigente en

⁵⁵ Ob. cit., p. 56.

⁵⁶ Ob. cit., p. 341.

el país, cuando la interpretación de la ley es dudosa, etcétera. Estos autores creen que estas reglas flexibles producen una mejor concordancia entre delito y responsabilidad moral que la rígida doctrina judicial inglesa.

Esta última observación de Smith y Hogan pone de manifiesto el trasfondo valorativo del problema del error del derecho, aspecto que los tribunales ingleses habitualmente eluden, alegando las dificultades prácticas para probar el conocimiento de la ley y buscando apoyo en viejos precedentes para sustentar la conclusión ya referida. Si, como frecuentemente se alegó en el pasado y aún se sostiene de cuando en cuando en el presente por los jueces ingleses, la justificación del requisito de *mens rea* está conectada con la concepción del castigo como retribución por una culpa moral, parece implícitamente exigible un cierto conocimiento del *status* jurídico de la conducta, o al menos de su carácter inmoral. Si, en cambio, se rechaza esa justificación de la *mens rea*, parecería que hubiera que reemplazarla por otra, lo que requiere, como paso preliminar, una cabal discusión de si difieren o no el conocimiento de los hechos y el conocimiento de su *status* jurídico, de tal manera que admitan, sin incoherencia, un diferente tratamiento en el contexto de una teoría general para la adjudicación de responsabilidad penal.

Antes de dejar este tema examinaré una situación en cierto modo opuesta a la ya estudiada.

Algunos de los casos de ignorancia o error de derecho que he analizado son los que surgen cuando el agente incorrectamente cree o que la ley prevé una justificación que no existe, o que hay circunstancias fácticas que fundamentarían una justificación reconocida de su conducta. La situación inversa se produce cuando hay circunstancias que bastan para la justificación pero el agente no advierte su existencia o que ellas permiten justificar su conducta. Por ejemplo, alguien puede inadvertidamente repeler el

ataque de un agresor con un acto que fue en sí mismo pensado como agresión; alguien puede privar de la libertad a otro sin saber que es un prófugo y que así permite su captura por la policía; o, como es más frecuente, una persona ejecuta un acto, que es un delito en circunstancias normales, sin saber que tiene derecho de actuar así en las circunstancias particulares del caso.

Decidir si la justificación es posible en estas situaciones depende de la interpretación de las causas de justificación; es decir, de si están construidas objetivamente, sin tener en cuenta la actitud subjetiva del agente, o si en cambio, el agente debe conocer la existencia y aplicabilidad de tales justificaciones. Ello también influye en la interpretación de la propiedad positiva de la acción criminal (llamada "antijuridicidad" por la teoría continental del delito) que queda excluida por las justificaciones.

Los juristas del derecho continental europeo se dividen acerca del reconocimiento de los que se denominan "elementos subjetivos de justificación". Según la versión clásica de la teoría del delito, la antijuridicidad y las causas de justificación deben interpretarse objetivamente, tomando en cuenta sólo las circunstancias externas del acto y no también las actitudes subjetivas del agente. Para los autores clásicos ésta es la característica esencial que distingue a una causa de justificación de una mera excusa. Algunos autores modernos, como Sauer⁵⁷, defienden el mismo punto de vista, aunque a veces admiten excepciones particulares cuando la ley, al reconocer una justificación, requiere expresamente una cierta intención o conocimiento del agente. Los autores más recientes, especialmente los que siguen la teoría de la acción finalista de Welzel, sostienen el criterio opuesto, presuntamente por la razón, ya mencionada, de que si la antijuridicidad define el alcance del tipo y el dolo

⁵⁷ Ob. cit., p. 187.

es parte de él, esto implica que la antijuridicidad (así como su opuesta, la justificación) no es independiente de las actitudes subjetivas del agente, sino que es un juicio que valora toda la conducta y resulta negado solamente cuando el propósito deliberado del agente es actuar de conformidad con el derecho.

Las decisiones judiciales están también divididas. En Alemania las decisiones del antiguo Reichsgericht y del actual Bundesgerichtshof tienden a favorecer una interpretación subjetiva de las causas de justificación⁵⁸. Según J. Córdoba Roda la práctica del Tribunal Supremo de España también propende ahora a tomar en cuenta la intención del agente para la admisión de causas de justificación⁵⁹.

En el derecho inglés el problema adquirió relevancia con el interesantísimo caso "Dadson" (1850) 4 Cox C. C. 358.

El acusado era un agente policial que vigilaba un bosquecillo del cual se había abstraído leña; al ver a un hombre que parecía llevar leña abstraída del lugar, le ordenó que se detuviera, pero éste, en vez de obedecerle, huyó, provocando que el agente lo hiriera en una pierna con un disparo, como única forma de capturarlo. El policía tenía derecho a obrar de aquel modo en el caso de fuga del presunto autor de un crimen (*felony*); pero abstraer leña no era una infracción de tal gravedad según la Ley de Hurto de 1827 (*Larceny Act*), a menos que el ladrón registrara dos o más condenas previas por un delito similar. En realidad el herido había sido condenado anteriormente por varios delitos similares, pero el agente lo ignoraba y el tribunal lo condenó porque, al no saber que las circunstan-

⁵⁸ Ver referencias a estas decisiones y a opiniones de autores sobre el tema en Maurach, ob. cit., vol. I, p. 369.

⁵⁹ Ver J. Córdoba Roda, p. 47, nota 1, de su traducción del tratado de Maurach, ob. cit., vol. I.

cias lo autorizaban a obrar como lo hizo, su conducta no podía justificarse.

Williams critica aquella decisión ⁶⁰, afirmando que las actitudes subjetivas del agente son irrelevantes para el *actus reus* y señalando que se contradice con el caso “Deller” (1952) 36 Cr. App. Rep. 184. En este caso el propietario de un automotor indujo a otro a comprárselo asegurándole que estaba libre de gravámenes, pese a que previamente lo había prendado; pero el gravamen había sido declarado nulo; acusado de estafa, el vendedor fue absuelto por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal (Court of Criminal Appeal) con el argumento de que sólo se había establecido la *mens rea*, no el *actus reus*.

Smith y Hogan ⁶¹ discuten la alegada incompatibilidad entre “Dadson” y “Deller”, con un argumento que contiene el germen de una distinción entre la configuración de un *actus* y su calificación como *reus* que puede considerarse paralela a la que la teoría del delito efectúa entre tipo y antijuridicidad. Sostienen que en “Deller” falta un elemento del *actus*, mientras que en “Dadson” éste está completo y lo que debía resolverse es si era *reus*; agregan que el estado mental del agente es relevante para resolver esta última cuestión, pero no la primera. Una respuesta similar hubiera sido la de la mayoría de los modernos juristas de los países de derecho continental, los que dirían que en “Dadson” el tipo estaba completo y la duda se refiere a la antijuridicidad de la acción, mientras que en “Deller” el tipo no se había satisfecho.

Sin embargo, Smith y Hogan incurren en una confusión, cuando, en apoyo de “Dadson”, se refieren al caso de quien, cuando cree cometer falso testimonio dice la verdad; por ejemplo, en “Allen v. Westley” (1628) Het. 97 ⁶². En

⁶⁰ Ob. cit., p. 51.

⁶¹ Ob. cit., p. 32.

⁶² Ob. cit., p. 33-34.

realidad, este caso es semejante a "Deller", puesto que lo que está ausente cuando se dice la verdad creyendo mentir es un elemento del *actus* (o del tipo).

Más aún, hay que advertir que Smith y Hogan defienden el resultado opuesto para el caso de quien conoce que existen circunstancias que podrían justificar el acto, pero no actúan para ejercer su derecho sino con otro propósito; así, estos autores absolverían a quien matara a otro que estuviera cometiendo un crimen, no para impedir tal crimen sino para vengarse de él.

Aparte de estos comentarios aislados, el tema no es muy tratado en el derecho inglés por falta de dos distinciones que deben hacerse antes de entrar a circunscribirlo y resolverlo adecuadamente; ellas son: primera, la distinción entre la conformidad de la acción con la descripción de la figura delictiva y el que ella presente la propiedad normativa que se ve excluida por las causas de justificación (lo que la dogmática continental denomina "antijuridicidad"), y, segunda, la distinción entre causas de justificación y excusas.

Aunque se hagan estas distinciones, como lo hace la teoría continental del delito, la solución del problema dista mucho de ser obvia y presupone un estudio cuidadoso de la fundamentación de las causas de justificación y de su diferencia con otras excepciones a la punibilidad de la conducta. Ese estudio no ha sido encarado satisfactoriamente hasta el momento.

F. EXCEPCIONES AL REQUISITO DE INTENCIÓN O CONOCIMIENTO

Es conveniente cerrar este análisis del enfoque del derecho inglés acerca de las condiciones de responsabilidad penal en contraste con el enfoque paralelo de la teoría

continental, con una referencia a ciertos problemas conectados con los temas de las dos primeras secciones. En ellas consideramos el problema de determinar el alcance que, como regla general, deben tener las actitudes subjetivas del agente y el problema de decidir cuáles son las actitudes subjetivas que bastan para atribuir responsabilidad plena por un delito. Ahora veremos cuáles son las excepciones a tales requisitos. Es aquí donde más difieren las soluciones propuestas en el contexto de ambos sistemas jurídicos.

La posición de la teoría continental del delito sobre el tema es bastante clara. Las únicas excepciones aceptadas al requisito de dolo (incluyendo el dolo eventual) son los casos en que basta la presencia de culpa (imprudencia o negligencia). El procedimiento que se sigue para determinar estas excepciones es presumir que el dolo es necesario, y no la mera culpa, a no ser que la disposición legal expresamente declare suficientes la imprudencia, la temeridad, la negligencia, la falta del debido cuidado, la inadvertencia culpable, el error inexcusable, etc., usando estas mismas palabras u otras similares. El hecho de que la ley no mencione el estado mental requerido nunca implica que la culpa sea suficiente para adscribir responsabilidad penal.

Se sostiene enfáticamente que la responsabilidad objetiva está excluida incluso para las contravenciones y delitos reprimidos con multa, aunque hay decisiones judiciales que se apartan de esta doctrina⁶³.

La proscripción de la responsabilidad objetiva se extiende a la interpretación de todo texto legal, aunque éste contenga alguna indicación por la que podría interpretarse que se acoge el principio de la responsabilidad objetiva.

⁶³ Por ejemplo, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina relacionada con infracciones aduaneras; ver referencia a ellas en Jiménez de Asúa, ob. cit., vol. V, n° 1553, p. 283. En la Argentina se está desarrollando una tendencia legislativa a establecer responsabilidad objetiva para infracciones de índole penal-económica; ver, por ejemplo, la ley 21.898, art. 2°.

El problema se plantea en los raros casos en que la ley expresamente crea delitos de responsabilidad objetiva; en este caso los autores y, hasta cierta medida, los tribunales, tratan en general de demostrar la inconstitucionalidad de la ley. Esta empresa suele resultar difícil, pues la mayoría de las constituciones no incorporan a su texto el principio *nullum crimen sine culpa*; un argumento utilizado a veces es que este principio va implícito en el de legalidad, que generalmente tiene jerarquía constitucional.

Naturalmente que la doctrina de que la responsabilidad es siempre subjetiva y de que, cuando la culpa no está legislada se requiere dolo, solamente se aplica a las circunstancias que forman parte del tipo del delito. En algunos pocos casos se ha considerado que algunas circunstancias están fuera del tipo, como "condiciones objetivas de punibilidad", resolviéndose, en consecuencia que no tienen por qué ser conocidas o ser objeto de la imprudencia o negligencia del agente.

Dentro de los límites del tipo se mantiene alguna equiparación de todas las circunstancias referentes al estado mental requerido. Si el delito no es uno de aquellos en los que basta la presencia de culpa, todas las circunstancias del tipo deben ser, al menos, conocidas por el agente. Un error acerca de cualquiera de ellas, hasta un error negligente, excluye el dolo y, por lo tanto, la punibilidad del acto bajo esa descripción legal. En el caso de delitos que se pueden cometer culposamente, no es tan claro si la negligencia con respecto a todas las circunstancias del tipo es suficiente: los autores concentran su atención en el resultado de la acción, y sin demasiada discusión, parecen asumir a veces que algunas circunstancias colaterales del delito culposo deben ser conocidas por el agente.

Este enfoque no es generalmente impuesto por la legislación penal vigente, sino que es resultado de una estrategia que saca ventaja del silencio o la ambigüedad de

los códigos. Por ejemplo, el Código Penal francés de 1810 no mencionaba la culpabilidad ni en la forma de dolo ni en la de culpa; sus únicas disposiciones sobre el tema se referían a la imputabilidad. Tampoco los Códigos Penales españoles de 1848 y 1944 tocan estos temas; sus únicos requisitos son que la acción debe ser voluntaria, lo cual sugiere una posición restrictiva que exige que sólo se excluyan ciertos actos, como los cometidos bajo hipnosis, coacción física o movimientos reflejos. El antiguo Código Penal alemán de 1871, durante cuya vigencia surgió y floreció la teoría continental del delito, es algo más explícito, como vimos al estudiar su art. 59, pero, aun así, es perfectamente compatible con un reconocimiento mucho más restringido de la responsabilidad subjetiva que el que está implícito en los principios aceptados para su reformulación. Solamente los códigos más recientes, como el de Italia de 1930, el de Suiza de 1942 y, naturalmente el nuevo de Alemania de 1975, contienen un amplio grupo de disposiciones explícitas sobre las actitudes subjetivas, evidentemente por influjo de las doctrinas de la teoría del delito, aunque en diferentes grados.

A través del Código Penal de la Argentina ilustraré brevemente en qué medida los principios ya mencionados no están directamente previstos por la legislación penal vigente, sino que son producto de una estrategia que reconstruye tal legislación de acuerdo con ciertos postulados valorativos subyacentes.

El Código Penal argentino contiene en su parte especial una serie de descripciones de delitos; la mayoría de ellas no contienen referencia a elementos subjetivos; unas pocas emplean términos como “a sabiendas” o “maliciosamente”, y algunas requieren imprudencia o negligencia.

La parte general contiene el art. 34, que en sus diversos incisos admite causas de justificación, excusas y otras causales que excluyen la punibilidad, sin distinguirlas según

su naturaleza. La única regla relevante en materia de actitudes subjetivas es la contenida en el inciso 1º, que excluye el castigo cuando el autor “no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”.

Es obvio que esta regla no requiere necesariamente una efectiva comprensión de la antijuridicidad y dirección del acto, sino la mera capacidad de comprensión de la criminalidad y de dirigir las acciones. Esto se confirma por el hecho de que sólo un error o ignorancia de hecho no imputable o negligente (además de los otros estados mentales descriptos) excluye esta capacidad. Un error negligente sólo implica que el agente no dirigió su acción o no comprendió su criminalidad; solamente un error no negligente implica, además, que no pudo haber sido de otra forma; y es esta condición más exigente la que parece requerir para excluir la punibilidad.

Así, una estricta interpretación *a contrario* del artículo implicaría que para cualquier delito (excepto los pocos casos en que la descripción expresamente requiere malicia, conocimiento o intención), bastaría que el agente fuera negligente acerca de las circunstancias del acto. Sin embargo, la dogmática ha elaborado una interpretación de gran influencia sobre las decisiones judiciales que niega que la negligencia sea base suficiente para la responsabilidad, excepto cuando está expresamente admitida en la descripción del delito. Para todos los casos no comprendidos en la excepción, no solamente se requiere el conocimiento fáctico sino también intención o al menos una actitud de indiferencia. Más aún, como hemos visto, se requiere conocimiento de la antijuridicidad de la acción a pesar de la aparente restricción de la última parte del inc. 1º (este requisito no es tan ampliamente aceptado por

la jurisprudencia, pero, sin embargo, la ha llevado a desviarse, en varias ocasiones, de una interpretación literal de esa cláusula).

Hasta un examen superficial del enfoque inglés sobre este tema revela que es mucho más complejo.

Para comenzar, la falta de un criterio para delimitar las circunstancias del *actus reus* que la *mens rea* debe abarcar, y el principio de que, cuando se requiere *mens rea* ella debe abarcar todo el *actus reus*, podría producir el resultado de que algunos casos que se consideran excepciones a dicho principio, tal vez no lo serían al requisito de culpabilidad en la teoría continental del delito. Sin embargo, de hecho, no es así, ya que las excepciones admitidas respecto de la *mens rea* no son casos que la teoría del delito consideraría que constituyen condiciones objetivas de punibilidad o casos en que la negligencia y no el conocimiento es suficiente.

En principio, el criterio para calificar de culposo un delito parece ser similar al del derecho continental, a saber, que debe estar expresamente legislado. Así, se dice que el homicidio (*manslaughter*) es el único delito del *common law* que puede cometerse culposamente, y que los pocos casos adicionales de delitos culposos están debidamente previstos en normas legislativas.

Pero, en realidad, la clase de delitos en los que la negligencia puede sustituir al conocimiento es mucho más amplia y más indeterminada, a causa del principio ampliamente aceptado de que el error acerca de una circunstancia colateral (o sea, distinta del resultado) del *actus reus* solamente excusa si no es negligente. Smith y Hogan reconocen que este principio puede, por una vía indirecta, convertir en delito negligente a prácticamente cualquier delito⁶⁴.

⁶⁴ Ob. cit., p. 62.

Este principio ha sido aplicado en innumerables decisiones, ya como *ratio decidendi* o como *obiter*. Por ejemplo, en “King” (1963) 3 All E.R. 561 y “Gould” (1968) 2 Q. B. 65 se lo sostuvo expresamente en relación al conocimiento de la subsistencia del primer matrimonio en caso de bigamia; y en “Tolson” (1889) 23 Q.B.D. 168 y en “Sweet v. Parsley” (1969) 1 All E.R. 363 también se lo defendió como una posible alternativa a la responsabilidad objetiva, mientras se aceptaba la necesidad de *mens rea*.

Sin embargo, en algunos pocos casos se rechazó el principio de que la negligencia es suficiente en relación a las circunstancias colaterales del *actus reus*. Así ocurrió en casos como “Wilson v. Inyang” (1951) 2 All E.R. 237 (que, sin embargo, fue un caso de error de derecho) y, notoriamente en “Morgan” (1975) 2 All E.R. 347, en el que gran parte de la argumentación estuvo dedicada a apoyar la proposición de que la *mens rea* de la violación (*rape*) requiere conocimiento de la falta de consentimiento de la víctima y que no basta un error irrazonable⁶⁵. Es

⁶⁵ “Morgan” fue un caso que conmocionó a la opinión pública inglesa; en especial provocó una reacción de repudio por parte de grupos feministas que entendieron que con la doctrina sentada en el fallo aumentaba la probabilidad de que los autores de violaciones quedaran impunes, y que se indujera a someter a las mujeres víctimas a un humillante interrogatorio acerca de las circunstancias del hecho. El caso fue el siguiente: Morgan, oficial de la fuerza aérea, se reunió con tres subordinados jóvenes a beber; al manifestar éstos su deseo de buscar mujeres para pasar la noche, Morgan les propuso que tuvieran relaciones sexuales con su propia esposa, diciéndoles que ella accedería complacida; según los soldados, cosa que fue negada por Morgan, éste les había dicho además que no hicieran caso si la mujer aparentaba oponer resistencia, ya que ello sólo sería una actitud fingida para obtener mayor excitación sexual; el propio Morgan los condujo a su casa donde todos, incluido el marido, tuvieron relaciones sexuales con la señora de Morgan (ésta se llevaba mal con su marido y dormían en habitaciones separadas); los procesados declararon en el juzgado (contradiciendo sus declaraciones policiales en las que habían admitido la resistencia de la víctima) que la mujer había colaborado activamente en intercambios carnales de distinta índole con todos ellos; la víctima, en cambio, declaró que había opuesto toda la resistencia posible y que sólo por la fuerza los procesados habían

probable que la doctrina sentada en este caso tenga marcada influencia en el futuro, llevando al abandono de la regla vigente. Pero cualquiera que sea el destino de la regla que hace suficiente la negligencia respecto de las

vencido esa resistencia; declaró además, que apenas la dejaron sola había concurrido al hospital local, diciendo que había sido violada. Se condenó a los procesados por violación y complicidad en la violación (al marido sólo por este último cargo). Apelaron sin éxito ante la Cámara de Apelaciones en lo Criminal, pero ésta accedió a someter a la consideración de la Cámara de los Lores un punto planteado por la defensa, de importancia pública general: si en un caso de violación, el autor puede ser apropiadamente condenado si creyó que la mujer prestó consentimiento al acceso carnal, *aunque tal creencia fuera irrazonable*. La mayoría de la Cámara de los Lores, apartándose de la doctrina tradicional, dio una respuesta negativa a tal interrogante, y sostuvo, por lo tanto, que el juez había formulado una directiva equivocada al jurado; no obstante, confirmó la sentencia condenatoria, haciendo uso de la facultad otorgada por la secc. 2 (1) de la Ley de Apelaciones Criminales (*Criminal Appeals Act*) de 1968, que permite hacerlo cuando la decisión no fue arbitraria, porque se puede razonablemente suponer que el jurado hubiera llegado a la misma conclusión de haber sido correctamente instruido. El dictamen de los cinco jueces de la Cámara de los Lores se extendió a lo largo de más de 30 páginas. La siguiente es la transcripción de algunas opiniones. Lord Cross de Chelsea, quien integró la mayoría, dijo: "...Como he afirmado, la sección 1 de la ley de 1956 no dispone que un hombre que tiene relación sexual con una mujer sin su consentimiento comete un delito. El uso de la palabra 'violación' (*rape*) no es monopolio de los juristas y la cuestión que debe aclararse en este caso, tal como yo la veo, es si en el uso ordinario del lenguaje... se diría que un hombre ha cometido violación si creyó que la mujer consentía en la relación sexual, y no habría intentado tener tal relación si no hubiera sido por esa creencia., cualesquiera que sean los fundamentos de tal creencia. Yo no creo que en ese caso se diría que el hombre ha cometido una violación. Para que haya violación tiene que haber, por lo menos, una actitud de indiferencia acerca del consentimiento de la mujer. Más aún, pienso que a este respecto el hombre común distinguiría entre el delito de violación y el de bigamia. Con relación a la pregunta de si un hombre que participa de una ceremonia de casamiento con una mujer, creyendo erróneamente que su primera esposa ha muerto, comete bigamia, el hombre ordinario respondería: 'Sí, pero supongo que la ley contiene alguna escapatoria para los bigamos que no son realmente reprochables'. Por otro lado, a la pregunta de si un hombre, que tiene relación sexual con una mujer creyendo erróneamente, sobre bases inadecuadas, que ella consiente, comete violación, creo que el hombre ordinario replicará: 'No. Si ha sido groseramente negligente podrá merecer alguna pena, pero no por violación'. Siendo esta mi opinión acerca del significado de 'violación' en el lenguaje corriente, me pregunto a continuación si el derecho le otorga un significado diferente. Hay muy pocas fuentes inglesas con autoridad sobre este tema, pero lo poco que hay, a saber,

circunstancias colaterales del delito, parece nuevamente que la discusión no tendrá base racional si no se examina exhaustivamente el fundamento valorativo, ya para limitar la negligencia a una determinada y específica categoría

las directivas a los jurados, que han sido publicadas, de los jueces del *common law* a principios y mediados del siglo pasado, concuerdan con lo que considero que es el significado correcto de la palabra. La cuestión se ha presentado en un número de casos relevantes en New South Wales y Victoria, pero hay sólo uno de ellos —‘Daly’ (1968) V.R. 257— que considero de mucha utilidad. En ninguno de los otros, llamaron los jueces la atención sobre el hecho de que incluir en la definición de violación la intención de tener relación sexual con una mujer con o sin su consentimiento y decir que una creencia razonable en relación al consentimiento es una defensa admisible, son dos alternativas incompatibles que no pueden combinarse en una sola directiva al jurado —como, incidentalmente, lo hace el juez en este caso en su instrucción final al jurado. En ‘Daly’ el tribunal, al mismo tiempo que hizo la distinción que considero fundamental, indicó bien claramente —como lo hago yo— que el primer enfoque del problema es el correcto. Por estas razones, considero que la instrucción al jurado contuvo una directiva equivocada”. Lord Hailsham de St. Marylebone, sostuvo, entre otras cosas: “Una vez que uno ha aceptado, lo que me parece por demás claro, que el acto prohibido en la violación es el acto carnal no consentido, y que el estado mental culpable es una intención de cometer dicho acto, me parece que se sigue como conclusión lógica inexorable que no hay lugar ni para una ‘defensa’ de creencia sincera o error, ni para una defensa de creencia sincera y razonable y error. O la acusación prueba que el procesado tuvo la intención requerida o no lo prueba. En el primer caso, prospera y en el segundo, fracasa. Como una creencia sincera necesariamente excluye la intención, la razonabilidad o no de tal intención puede ser indicio únicamente de que la creencia y, por lo tanto, la intención, fue efectivamente tenida, y no importa para nada si, para citar al juez Bridge en el pasaje ya mencionado, ‘la definición de un delito no incluye ningún elemento subjetivo específico del acto prohibido’... En contraste, los apelandos nos invitan a abrogar los casos de bigamia, desde ‘Tolson’ en adelante, e incluso tal vez ‘Prince’ (1875) L. R. 2 C.C.R. 154 [el caso de rapto por seducción] como erróneamente decididos en la medida en que se propusieron insistir en que la creencia equivocada debe ser razonable. Los argumentos en favor de esta opinión fueron presentados y entusiastamente sostenidos por el profesor Glanville Williams en su *Criminal Law*... y por los señores Smith y Hogan, *Criminal Law*... Aunque está indudablemente abierto a este Tribunal reconsiderar ‘Tolson’ y los casos de bigamia, y tal vez ‘Prince’ que puede quedar en pie o caer junto con ellos, debo declinar respetuosamente hacer esto en el presente caso. Tampoco es necesario que lo haga. No estoy dispuesto a asumir que los delitos legislativos de bigamia y rapto por seducción están necesariamente parificados con el delito de violación, y antes de que estuviera dispuesto a alterar una línea completa de precedentes que han sido aceptados como derecho durante tanto tiempo, necesitaría argu-

de delitos, ya para rechazarla totalmente; en Morgan no se presentó una discusión satisfactoria de tal fundamento. La naturaleza errática de las decisiones sobre este tema se demuestra por el hecho de que, aunque se admite que

mentos en el contexto de un caso expresamente relacionado con los delitos pertinentes. Me conformo con apoyar mi opinión sobre el caso presente de delito de violación en la afirmación de que creo que el acto prohibido es, y siempre ha sido, el acto sexual sin consentimiento de la víctima y que el elemento mental es y siempre ha sido, la intención de cometer ese acto, de realizar la cópula sexual quíéralo o no la víctima y sin reparar en si ella consiente o no. El fracaso de probar esto implica una absolución, porque la intención, que es un ingrediente esencial, está ausente. No importa por qué está ausente, si lo está, y en particular, no importa que la intención esté ausente sólo porque hubo una creencia irrazonable. Debería agregar que yo mismo me siento inclinado a considerar a 'Tolson' como una decisión de alcance limitado, basada en una construcción de una ley, que *prima facie* parecía crear un delito legislativo de índole objetiva y que contenía una disposición relacionada con la ausencia por siete años, que creaban una defensa legal. Los jueces en 'Tolson' decidieron que eso no era razonable, e incorporaron a la definición legislativa del delito, sobre la base de fundamentos iusfilosóficos, palabras que creaban una 'defensa' especial de creencia sincera y razonable, cuya carga indiciaria, pero no probatoria, incumbía a la defensa. No creo que sea necesario decidir esto concluyentemente en este caso; pero, si esta opinión es correcta, hay una completa distinción entre 'Tolson' y los otros casos basados en la legislación y el caso presente". Lord Fraser de Tollybelton se adhirió a los votos precedentes de la mayoría con argumentos similares. Lord Simon de Glaisdale, en cambio, disintió, diciendo entre otras cosas: "...Queda por considerar por qué el derecho requiere, en tales circunstancias, que la creencia en el estado de cosas que haría que el *actus* no sea *reus* debe ser sostenida sobre bases razonables. Una razón fue dada por el juez Bridge en la Cámara de Apelaciones: 'La explicación del requerimiento de bases razonables para la creencia errónea tiene que descansar en la presuposición jurídica de que la mera afirmación de una creencia respecto de la cual el procesado no pueda presentar ningún fundamento razonable es indicio de que no hay base suficiente para argüir ninguna cuestión que requiera la consideración del jurado'. Estoy de acuerdo, pero creo que hay, además, otra razón. La política del derecho a este respecto podría bien provenir de la preocupación por mantener un balance equitativo entre la víctima y el acusado. Difícilmente parecería justo pedir a la víctima de un salvaje atentado que se conformara con la satisfacción de que su lesión había sido causada por la creencia por más absurda que fuera, de que iba él a agredir al procesado. Una mujer respetable que haya sido vejada, difícilmente sentirá que ha sido vindicada cuando se le dice que quien abusó de ella debe quedar impune porque creyó, en forma totalmente irrazonable, que ella consentía en tener relaciones sexuales con él..." Lord Edmund Davies también disintió del voto de la mayoría, diciendo que, aunque estaba de acuerdo con la doctrina sentada por ella *de lege ferenda*, se sentía obligado

en algunos casos la negligencia respecto de circunstancias colaterales del *actus reus* puede combinarse con la previsión del resultado, en contraste con lo que ocurre en los sistemas jurídicos continentales, hay una mayor repugnancia que en este último ámbito para crear delitos en los que baste la negligencia para todos los elementos del *actus reus* ⁶⁶.

El contraste con los sistemas jurídicos continentales es aún más notorio en materia de responsabilidad objetiva. No puedo citar aquí la gran cantidad de decisiones en las que se acepta ese tipo de responsabilidad, ya en relación con algún elemento particular del delito, ya respecto de todo el *actus reus*. Basta con resumir la doctrina corriente de que, mientras en el *common law* se requiere generalmente *mens rea* respecto de todo el *actus reus* (con lo que se olvida la importante excepción del homicidio) y de que, en lo referente a los delitos creados legislativamente, hay una fuerte presunción en el mismo sentido, existe, sin embargo, un conjunto de distintas excepciones, que han evolucionado durante un largo período y que generalmente han hecho perder fuerza al principio general. Una excepción importante fue creada, como vimos, en

por el derecho vigente a rechazarla; entre otras cosas sostuvo: "...Si me sintiera libre [de reconsiderar la cuestión], aceptaría la invitación hecha por el profesor Smith a esta Cámara para que decidiéramos que un error acerca de un hecho relevante es una defensa si el error es sincero y honesto, aunque sea irrazonable. Pero debe respetarse la uniformidad de criterio mantenida en relación a un área muy amplia del derecho durante largo tiempo. 'Tolson', como merece que lo recordemos, fue resuelto hace cincuenta años. Si se tiene esto en cuenta, llego a la conclusión de que lo que hay que hacer es homologar, como concordante con el derecho vigente, la directiva del distinguido juez de este caso acerca de la necesidad de que el error de hecho se base sobre fundamentos razonables. Creo que para el dictado del fallo que hubiera preferido, hay que esperar a que la legislatura modifique este sector del derecho, como lo hizo, mediante la Ley de Justicia Criminal de 1967, con la primitiva presunción de que cada cual desea y asume las consecuencias razonables de su acción".

⁶⁶ Ver, por ejemplo, Williams, ob. cit., p. 123.

“Prince” (1875) L.R. 2 C.C.R. 154, iniciando un proceso que continuó con casos como “Bishop” (1880) 5 Q.B.D. 259, “Cundy v. Le Cocq” (1884), 13 Q.B.D. 207 y “Hobbs v. Winchester Corporation” (1910) 2 K.B.D. 471 (C.A.), aunque la regla requiriendo *mens rea* fue refirmada al mismo tiempo en casos como “Tolson” (1889) 16 Cox, C.C. 629 y “Sherras v. De Rutzen” (1895) 1 Q.B. 918. Recientemente parece haberse iniciado una reacción opuesta, con la influyente decisión en “Sweet v. Parsley” (1970) A.C. 132, pero ello ha sido atemperado por otros casos en que se aceptan excepciones a la regla, como “Alphacell” (1972) 2 All E. R. 475⁶⁷.

⁶⁷ Los casos “Prince”, “Bishop” y “Tolson” fueron ya mencionados en notas anteriores. En “Cundy v. Le Cocq” el acusado, propietario de un bar, había despachado bebidas alcohólicas a un individuo sin advertir su estado de ebriedad, no obstante lo cual, de acuerdo con la Ley de Licencias de 1872, secc. 13, había sido condenado por expendio antijurídico de bebidas alcohólicas a un ebrio. El procesado apeló al Tribunal de División (Divisional Court), que confirmó la condena. Dijo el juez Stephen: “Mi opinión es que debe confirmarse la condena. Nuestra respuesta a la pregunta que se nos ha formulado se reduce a determinar si las palabras de la sección invocada al dictar la condena deben interpretarse tomando en cuenta su relación con el esquema general de la ley, en el sentido de si existe delito sólo si el licenciatario sabe o tiene los medios de saber que el individuo a quien ha despachado bebidas alcohólicas está ebrio, o si el delito está completo aun si carece de ese conocimiento. A mi juicio las palabras de la sección implican una prohibición absoluta de venta de bebidas alcohólicas a un ebrio y la existencia de un error de buena fe sobre el estado del cliente no da respuesta a la acusación sino que es apenas un dato relevante para la atenuación de la pena que podría imponerse. Llego a tal conclusión tomando en cuenta el fin general de la ley, que es la prevención del alcoholismo, así como por comparación de las diferentes secciones comprendidas bajo el título ‘delitos contra el orden público’. En algunas de ellas se encuentra la expresión ‘a sabiendas’ (*knowingly*) . . . El conocimiento, en estos y otros casos, es un elemento del delito; en cambio la cláusula que estamos considerando nada dice acerca del estado del individuo a quien se sirve una bebida alcohólica. A mi entender, la razón para que esa prohibición sea absoluta es que la tentación del dueño de un bar de despachar bebidas alcohólicas, sin prestar atención a la sobriedad del cliente, debe ser grande, por lo que se juzgó apropiado cargar sobre los dueños de bares la responsabilidad de apreciar si sus clientes se hallan o no sobrios. En contra de este parecer hemos citado la máxima de que en todo delito tiene que haber una mente culpable, mas no creo que esa máxima tenga un alcance tan amplio como se le suele atribuir. Antes, en relación con el *common law* y las antiguas leyes, podría haber sido de aplicación general,

Al admitir responsabilidad objetiva, los tribunales recurren, en general, a dos argumentos principales: primero, la ausencia de ciertas palabras referentes a estados mentales (como *knowingly*: “a sabiendas”) en la descripción legal del delito, lo cual se toma como índice de que la intención del legislador fue imponer responsabilidad objetiva; segundo, la necesidad de alcanzar una efectiva prevención y una amplia protección para las posibles víctimas, que, según se piensa, se logran haciendo cargar al agente con el riesgo de que las cosas resulten diferentes de lo que él supuso en el momento de actuar.

Obviamente, el primer argumento es bastante débil.

pero es diferente ahora, dada la mayor precisión de las leyes actuales. Como lo han demostrado “R. v. Prince” (L.R. 2 C.C.R. 154 y “R. v. Bishop”, 1880, 5 Q.B.D. 259), ahora es imposible aplicar esa máxima en forma general a todas las leyes, y la doctrina de todos los casos conocidos es que hay que tomar en cuenta la finalidad de cada ley y en qué medida el conocimiento es de la esencia del delito por ella creado. Como ya lo señalamos, en este caso la finalidad es prevenir la venta de bebidas alcohólicas a individuos en estado de ebriedad y es muy lógico llevarlo a cabo cargando sobre el propietario del bar la responsabilidad de determinar si el individuo a quien se le sirve entra o no en esa categoría. Creo, por lo tanto, que la sentencia condenatoria fue justa y debe ser confirmada”.

En “Sherras v. De Rutzen” se trataba del propietario de un bar que, de conformidad con la secc. 16 (2) de la Ley de Licencias de 1872 había sido condenado por haber servido antijurídicamente bebidas alcohólicas a un agente de policía que estaba de servicio, sin autorización para ello del oficial policial superior, en la creencia de que el agente estaba fuera de servicio. La defensa apeló a la Corte de División del Estrado Real (Queen’s Bench Division), la que revocó la condena. El juez Day dijo: “Decididamente, mi opinión es que la condena debe ser revocada. El agente de policía ingresó al local del apelante sin su distintivo, con toda la apariencia de hallarse fuera de servicio. El bar se halla en la vecindad de la comisaría y el propietario tuvo fundamentos razonables para creer que el agente estaba fuera de servicio. En esa creencia, le suministró una bebida alcohólica. En realidad, el agente estaba en ejercicio de funciones; pero ¿es suficiente este hecho para convertir en delito el acto inocente del apelante? No lo creo. No tuvo la intención de cometer un acto incorrecto; actuó de buena fe en la creencia de que el agente estaba fuera de servicio. Se ha buscado un argumento en la ocurrencia de la expresión ‘a sabiendas’ en la subsección (1) de la secc. 16, y en su omisión en la subsección (2). A mi juicio el único efecto de esto es desplazar la carga de la prueba. En los casos comprendidos bajo la subsección (1) es la acusación quien debe probar el conocimiento,

La inferencia de que el legislador intentó abandonar el requisito de la *mens rea* o negligencia a partir de la ausencia de una referencia legal a estados mentales, no es la única posible, aun dentro de una tradición de estricta interpretación legal. La adopción de la presunción según la cual se requiere *mens rea* o negligencia, a menos que exista una expresa disposición legal en contrario, no implica necesariamente un apartamiento mayor de las exigencias de interpretación literal de la ley que la implicada en la inferencia antes mencionada. En realidad, el modo espontáneo y natural de formular e interpretar descripciones de conducta en el lenguaje cotidiano es, en general,

mientras que en los regidos por la subsección (2) es el procesado quien debe probar que no supo...". El juez Wright dijo: "Soy de la misma opinión. Hay muchos precedentes sobre esta cuestión y no es fácil conciliarlos. Hay una presunción de que la *mens rea*, la intención maliciosa o el conocimiento de la incorrección del acto, es un ingrediente general de todo delito; pero tal presunción puede ser desplazada, ya por las palabras de la ley que crea el delito, ya por la materia que ésta trata y hay que considerar ambas cuestiones ["Nichols v. Hall" (1873) L.R. 8 C.P. 322]. Una de las excepciones más notables se observó en un caso de bigamia... Otra excepción, aparentemente basada en el lenguaje de la ley, fue 'Prince'. Aparte de casos aislados y extremos de esta índole, las principales clases de excepciones pueden reducirse a tres. Una la de los actos que, en las palabras del juez Lush en 'Davies v. Harvey' (1874) L.R. 9 Q.B. 433, no son criminales en sentido real, sino que son actos que por razones de interés público están prohibidos bajo conminación de pena. [Ejemplifica esta categoría con el caso de posesión de tabaco adulterado, venta de comida adulterada, el caso "Bishop", etcétera]... Otra clase comprende algunas si no todas las molestias públicas [el juez da como ejemplo el caso de un patrón condenado por las molestias causadas por su empleado]. Finalmente, están los casos en que, aun cuando el procedimiento sea formalmente penal, en realidad es sólo una modalidad sumaria de hacer efectivo un derecho civil [entre los ejemplos que cita el juez se encuentra el de ingresar en propiedad ajena para cazar]... Pero, excepto en tales casos, para constituir un delito, tiene que haber conocimiento culpable por parte del procesado o de quien haya puesto en su lugar para actuar en su nombre, ya sea en general o en un asunto particular. Es evidente que si el conocimiento culpable no fuera necesario, ninguna precaución que tomara podría salvar al propietario del bar de ser condenado de acuerdo con la sección 16, subsección (2), ya que negar que estaba de servicio si se lo preguntaran o presentar un falso permiso del superior, sería tan fácil para el agente como quitarse el distintivo antes de entrar al bar..."

"Sweet v. Parsley" fue el caso de una maestra de Oxford; había ce-

concordante con la suposición de que, salvo que se haga una indicación explícita, las acciones que se mencionan son intencionales o, al menos, realizadas con conocimiento de las circunstancias relevantes; cuando se quiere dejar abierta la posibilidad, o se quiere afirmar positivamente que la acción no fue intencional o negligente, por lo común se lo indica expresamente o se utiliza un verbo no intencional. Los tribunales ingleses hablan de "presunción" de *mens rea* cuando admiten condiciones mentales de responsabilidad; ello implica, evidentemente, que están dispuestos a inferir del silencio de algunas leyes que se requiere *mens rea*; surge así la necesidad de un criterio para

dido en alquilar unas habitaciones en la casa de la granja de su propiedad en la aldea cercana de Woodstock y sus inquilinos habían hecho uso de marihuana y LSD. Procesada y condenada en primera y segunda instancia a una pena de multa leve por el delito de administrar un local utilizado con el fin de fumar *cannabis* o resina de *cannabis*, según la secc. 5 (6) de la Ley de Drogas Peligrosas de 1965, pese a admitírsele su completo desconocimiento de lo que ocurría en las habitaciones alquiladas, apeló con éxito a la Cámara de los Lores. Entre otras cosas, dijo Lord Reid: "El Tribunal de División rechazó la apelación sosteniendo que la procesada estaba implicada en la administración de aquel local. Las razones dadas como fundamento de esa decisión fueron que ella podía elegir los inquilinos, decidir la duración de la locación y establecer como condición del contrato que no se fumara *cannabis*. Todas estas razones serían aplicables al caso de cualquier persona que alquilara parte de su casa o tomara huéspedes en ella. Pero, de acuerdo con una decisión anterior en 'Yaendel v. Fischer' (1966) 1 Q. B. 440, el delito fue considerado de responsabilidad objetiva. ¿Cómo fue que el Tribunal de División se sintió obligado a llegar a una conclusión tan manifiestamente injusta? Se sostuvo que así se acataba la voluntad del Parlamento, dado que el Parlamento había resuelto que aquel delito fuera de responsabilidad objetiva. Por supuesto, si el Parlamento así lo ha decidido, los tribunales deben hacer efectiva su voluntad y no se les puede reprochar ninguna consecuencia injusta. ¿Pero es acaso verdad que el Parlamento haya decidido tal cosa?... Lo primero que debemos hacer es considerar las palabras de la ley: si muestran la clara intención de crear un delito de responsabilidad objetiva, ahí termina la cuestión. Pero es raro que así ocurra. A veces las palabras de la sección que crean un determinado delito son claras en el sentido de que, en una forma o en otra, se exige la *mens rea*. Estos casos son bastante frecuentes. Pero en muchos otros no hay una clara indicación en ningún sentido. En tales casos la presunción ha sido durante siglos que el Parlamento no ha querido convertir en criminales a quienes de ninguna forma fueran responsables de lo que hicieron. Esto significa que cuando

distinguir entre los casos en que ese silencio es compatible con el requisito de condiciones mentales, y aquellos otros en que no lo es; sin embargo, tal criterio no ha sido formulado.

El segundo argumento es menos convincente todavía. La disuasión y la consecuente protección de las posibles víctimas es, por lo menos, igualmente deseable en el caso de muchos delitos, en relación a los cuales se requiere *mens rea*. ¿Puede pensarse que el legislador haya deseado prevenir con menor intensidad la falsificación y la estafa que impedir la venta de carne no apta para el consumo humano? ¿Por qué no decir, por tanto, que la falsificación y la

una sección guarda silencio respecto de la *mens rea*, la presunción es de que, para hacer efectiva la voluntad del Parlamento, tenemos que buscar en la sección las palabras apropiadas para requerir *mens rea*... Si en la ley falta una clara indicación de que se ha querido constituir un delito de responsabilidad objetiva, es necesario salirse fuera de la ley y examinar todas las circunstancias relevantes para establecer que tal tuvo que haber sido la intención del Parlamento. Digo 'tuvo que haber sido' porque es un principio universal que si una disposición penal es razonablemente susceptible de dos interpretaciones posibles, hay que adoptar la más favorable al procesado. ¿Cuáles son, pues las circunstancias que corresponde tomar en cuenta? En el conocido caso 'Sherras v. De Rutzen', el juez Wright sólo mencionó la materia sobre la que versa la ley. Pero se trataba allí de algo que pertenecía a una clase de actos que 'no son criminales en ningún sentido real, sino que son actos que, por razones de interés público, están prohibidos bajo pena'. No se sigue de ello de ningún modo que cuando no se está frente a un verdadero acto criminal baste con tener en cuenta meramente la materia de la disposición. Hay que ponerse en el lugar del legislador... Cuando se está frente a actos de verdadero carácter criminal, hay por lo menos dos factores adicionales que todo legislador razonable debería tomar en cuenta. En primer lugar, el estigma que aún hoy tiene que sobrellevar todo individuo condenado por un acto verdaderamente criminal, tanto más grave cuanto más serio y vergonzoso sea el delito. Así, tendría que considerarse si en un caso de esta gravedad, el interés público exige realmente que a una persona inocente se le impida probar su inocencia para que menos culpables queden impunes. Igualmente importante es el hecho de que, afortunadamente, la prensa en este país mantiene una actitud vigilante para denunciar injusticias y toda condena injusta dada a conocer al público afecta al cuerpo político, debilitando la confianza pública en la justicia del derecho y la administración de ella. Pero lamento tener que hacer notar que en algunos casos recientes en que delitos graves fueron considerados de responsabilidad objetiva, el tribunal sólo tuvo en cuenta las palabras de la ley y el carácter y gravedad del

estafa son delitos de responsabilidad objetiva? Evidentemente, éste es el caso más llamativo en el que la falta de una clara justificación para el requerimiento de actitudes subjetivas da lugar a decisiones judiciales caprichosas e inconsistentes. Mientras se recurre a vagas ideas retribucionistas para justificar el requisito de la *mens rea*, pero, al mismo tiempo, se hacen excepciones a ese requisito sobre la base de consideraciones preventivas, no se favorece una discusión racional de la forma de resolver los casos particulares según principios generales.

mal que constituye el delito. La elección habría sido más difícil si no hubiera otra alternativa que la *mens rea* en el sentido pleno, o responsabilidad objetiva, dado que hay muchos casos en que asignar a la acusación la carga de probar la *mens rea* es causa de grandes dificultades y puede conducir a muchas absoluciones injustas. Pero hay por lo menos otras dos posibilidades. No pocas veces el Parlamento ha transferido la carga relativa a la *mens rea* al acusado, de modo que, una vez probados los hechos necesarios, sea él quien tiene que convencer al jurado de que, al hacer el balance de probabilidades, ha sido inocente de toda intención criminal. Es a mi juicio algo sorprendente que no se haya hecho uso más frecuente de este método, pero es posible que una de las malas consecuencias de la decisión de esta Cámara en 'Woolmington' haya sido desalentar su uso. El otro método podría ser reemplazar en determinados tipos de casos la *mens rea* en su pleno alcance por la negligencia grave, como el elemento mental necesario para constituir el delito. . . Si la sección significara lo que el Tribunal de División sostiene, cientos de miles de personas que subalquilan parte de sus inmuebles o toman huéspedes o se ocupan de la administración de residencias e instituciones, corren diariamente el riesgo de ser condenadas por un grave delito en circunstancias en que no son, de ningún modo, reprochables. . . Hablando con una larga experiencia como miembro de ambas Cámaras del Parlamento, tengo la seguridad de que ningún Parlamento que recuerde habría aceptado que un delito de esta especie fuera de responsabilidad objetiva, si la cuestión le hubiera sido claramente planteada. . ." Lord Morris de Borth-y-Gest repitió fundamentalmente los mismos argumentos. Lord Pearce dijo entre otras cosas: "Aun admitiendo que fuera éste un caso de la clase relacionada con la salud pública, como, por ejemplo, los delitos vinculados a la higiene alimentaria [la posición de la acusación] sería marcadamente irrazonable. Una cosa es hacer a un hombre objetivamente responsable de sus propios actos, y aun indirectamente responsable de los de sus empleados, y otra, muy distinta, hacerlo responsable por la conducta de personas sobre las cuales no ejerce ningún control". Lord Diplock dijo en parte de su voto: "En el párrafo *b* la frase 'implicado en la administración del local', a diferencia de la frase 'siendo ocupante de cualquier local' del párrafo 3, no es descriptiva de una clase de personas a quienes una especie particular de conductas definidas subsecuentemente les

G. OBSERVACIONES FINALES

A lo largo de los capítulos I y II hemos visto que ninguno de los dos enfoques cotejados suministra justificaciones aceptables de los criterios adoptados para resolver satisfactoriamente algunos importantes problemas de responsabilidad penal. Pese a que muchas veces los tribunales y los juristas pretenden que las soluciones para estos problemas que hemos tratado y para muchos otros, están contenidas implícitamente en el derecho vigente,

esté prohibida. Es parte de la definición del delito mismo. La conducta prohibida es 'estar implicado en la administración de un local usado con el propósito de fumar *cannabis*', etcétera. ¿Qué elemento mental, si es que se exige alguno, connota esta frase? Los locales respecto de los cuales es un delito estar implicado en su administración están definidos no sólo por lo que ocurre en ellos (por ejemplo, 'locales en que se fuma *cannabis*'), sino también por el propósito con que se los usa. 'Propósito' significa la intención de alguien de alcanzar el resultado que desea. ¿Quién tiene que tener el propósito de que el local se use para fumar *cannabis*? A mi juicio la respuesta nos la dan las palabras 'estar implicado en la administración'. Administrar o participar en la administración denota ejercer el control o la dirección de una actividad destinada a alcanzar el resultado deseado por quienes controlan o dirigen esa actividad. A mi entender, el propósito descrito en la frase compleja 'estar implicado en la administración de un local utilizado con el propósito de fumar *cannabis*', etc., tiene que ser el propósito de la persona a quien incumbe la administración del local.."

En "Alphacell" se trataba de una empresa que poseía junto a un río una fábrica para el procesamiento de fibras para papel. Para impedir que las aguas del lavado de las fibras desagotaran en el río contaminándolo, había instalado bombas, pero éstas en alguna ocasión dejaron de funcionar por fallas técnicas, y la empresa fue acusada, según la secc. 2 de la Ley de Prevención de la Contaminación de Ríos de 1951, de haber provocado el ingreso de material contaminante en el río. Condenada en primera instancia, en vano apeló al Tribunal de División y a la Cámara de los Lores. Dijo Lord Salmon: "Los apelantes afirman que no obstante haber provocado la contaminación, la apelación debe prosperar por cuanto no la provocaron intencionalmente, a sabiendas o por negligencia. Indudablemente la secc. 2 de la ley de 1951 es de índole penal, de lo que se sigue que de ser susceptible de dos o más interpretaciones, debe adoptarse la más favorable al procesado. En consecuencia, prosigue la argumentación, las palabras 'intencionalmente', 'a sabiendas' o 'por negligencia' deben ser leídas en la sección antes citada. No estoy de acuerdo. Que nuestros ríos no estén contaminados es de la mayor importancia pública, y el riesgo de contaminación, en especial como conse-

esta pretensión no siempre responde a la realidad. En el derecho inglés no es fácil decir hasta dónde puede ello ser exacto a causa de la vaguedad de la doctrina del precedente y de la dificultad de predecir la forma en que la regla del *Practice Statement* de 1966 de la Cámara de los Lores se aplicará en el futuro. Aun así, puede afirmarse con alguna certeza que las soluciones adoptadas por el derecho inglés respecto de muchos de los temas expuestos no están tan consolidadas por precedentes como algunas veces se aduce, ya porque algunos de los citados precedentes plantean problemas de interpretación que pueden explotarse en futuras decisiones para adecuar la ley a mejores doctrinas, o bien porque pueden (en algunos casos) caer bajo la facultad de la Cámara de los Lores de apartarse de decisiones previas cuando den ellas lugar a incertidumbre, o no se compadezcan con las actuales condiciones sociales.

En lo referente a la teoría continental del delito ya hemos examinado y criticado la metodología conceptualista que elude consideraciones valorativas, y lleva a justificaciones espurias de las soluciones adoptadas sobre la base de un enfoque esencialista de los conceptos jurídicos.

En cambio, el tratamiento que hace el enfoque inglés de los problemas de responsabilidad penal está generalmente libre de presupuestos conceptualistas; sin embargo,

cuencia del elevado y creciente número de industrias ribereñas, es muy grande. Los delitos creados por la ley de 1951 son, a mi parecer, el prototipo de delitos que 'no son criminales en ningún sentido real, sino actos que, por razones de interés público están prohibidos bajo pena...'. Si los jueces, en un caso de contaminación leve como el presente, juzgan que no hubo intención maliciosa o negligencia, sin duda la multa impuesta será relativamente nominal. Cabe considerar esto como un riesgo no demasiado oneroso para los negocios de una industria capaz de contaminar las márgenes de un río... De tener éxito la apelación... los actos de contaminación no serían desalentados y muchos quedarían impunes, para alivio de muchos dueños de fábricas ribereñas..."

a veces está afectado por una suerte de falacia informal que tiene efectos similares. Los juristas suelen, cuando enfrentan una expresión usada en el texto legal vigente, tratar de determinar su sentido según el uso común del lenguaje, lo cual constituye un paso crítico hacia la formulación de una solución jurídica. La falacia consiste en suponer que la determinación del significado de acuerdo con el uso común tiene la misma relevancia en las expresiones que no se emplean en textos legales sino en la formulación de principios propuestos para reconstruir el sistema positivo. Si se acepta que la responsabilidad penal requiere una "acción" o que la *mens rea* implica "intención", a veces se presume que el próximo paso debe consistir en averiguar el sentido de estas palabras en el lenguaje corriente para determinar qué conductas son punibles o qué actitudes subjetivas constituyen la *mens rea*. Así, es frecuente encontrar textos académicos o decisiones judiciales que justifican soluciones sobre la única base del sentido de expresiones empleadas en la formulación de principios adoptados por el autor mismo. Naturalmente, el procedimiento correcto es el inverso. El sentido que puede asignarse a una cierta palabra, usada en una formulación no oficial de un cierto principio, no es razón para aceptar una determinada consecuencia de él; es simplemente una razón para aceptar o rechazar el uso de dicha palabra en la formulación del principio, según que ese uso implique adherirse a soluciones normativas que están respaldadas o no por la justificación del principio. Así, si, por ejemplo, encontramos que la expresión "intención" denota actitudes subjetivas más estrictas que aquellas que satisfarían las condiciones para justificar la punición, lo que obviamente deberemos hacer será recurrir a otra expresión menos exigente para formular el principio correspondiente. Esto es obvio y no necesitaría ser destacado

si no se lo descuidara tan frecuentemente⁶⁸. Se podría llamar a esta confusión “falacia textual”, ya que consiste en tratar las palabras usadas en la formulación de principios no oficialmente sancionados como si se las empleara en textos legales que deben ser interpretados de acuerdo con el uso común del lenguaje.

Una observación más general e importante acerca de las pautas propuestas para reformular el derecho inglés es que las distinciones conceptuales a que se recurre frecuentemente carecen, como hemos visto, de la necesaria elaboración para permitirnos distinguir entre situaciones que requieren diferente tratamiento. Ello se muestra, por ejemplo, con el concepto de *actus reus* que, por un lado, es demasiado impreciso para controlar adecuadamente el alcance de la *mens rea* y, por el otro, no va acompañado por una definición de las condiciones en que la calificación de *reus* puede ser aplicada a un *actus*, de forma que, en ausencia de esas condiciones, la ejecución del *actus* quede justificada. Que la noción de *mens rea* es proteiforme y no suficientemente discriminativa es un hecho frecuentemente destacado por los juristas ingleses. La misma deficiencia conceptual se muestra en la falta de una clara clasificación de las excusas, causas de justificación, etc., como un preámbulo para el análisis de sus distintas consecuencias⁶⁹.

Pero lo que más radicalmente afecta a la calidad de las estrategias adoptadas para reconstruir el derecho penal inglés, es el hecho de que generalmente se apoyan en

⁶⁸ Como ocurre, por ejemplo en los argumentos de Kenny, mencionados en la nota 39 de la p. 151, y en buena parte de los de Glanville Williams (*The Mental Element in Crime*, Jerusalén, 1965) en favor de la identificación de *mens rea* con intención.

⁶⁹ Esta falta de distinción entre excusas y justificaciones en el derecho anglosajón ha sido criticada por A. Eser en *Justification and Excuse*, y defendida por J. Hall en un artículo con el mismo título (ambos aparecidos en “The American Journal of Comparative Law”, vol. 24, nº 4, 1976).

juicios de valor de bajo nivel de generalidad acerca de cuál es la solución justa, dadas las circunstancias del caso individual, sin intentar justificar esos juicios de valor en un conjunto coherente y comprensivo de principios más generales.

Es difícil describir mejor este defectuoso género de razonamiento jurídico que como lo hace R. Dworkin en este párrafo ⁷⁰:

“Los jueces, como todos los funcionarios públicos, están sujetos a la doctrina de la responsabilidad política. Esta doctrina establece, en su forma más genérica, que los funcionarios deben adoptar solamente aquellas decisiones políticas que puedan justificar sobre la base de una teoría política que también justifique las otras decisiones que ellos se proponen adoptar. La doctrina parece inocua en esta formulación general; pero, aun así formulada, condena un estilo de administración política que podría calificarse, siguiendo a Rawls, de ‘intuicionista’. Condena la práctica de formular decisiones que puedan parecer acertadas cuando se las considera aisladamente, pero no se las puede justificar sobre la base de alguna teoría integrada por principios generales y valoraciones que sean coherentes con otras decisiones también consideradas correctas.”

Es fácil advertir que este enfoque intuitivo prevalece en casi todas las discusiones de los temas que hemos estudiado. Si consideramos, por ejemplo, el razonamiento de Lord Hailsham en “Hyam”, encontraremos que no ofrece casi ningún fundamento general para su interpretación del requisito de *mens rea*, sino únicamente consideraciones acerca de la injusticia de diferentes resultados particulares y la afirmación final, en apoyo de la solución preferida, de que intentar someter a alguien a un riesgo

⁷⁰ *Hard Cases*, en “Harvard Law Review”, vol. 88, nº 6, p. 1057.

no difiere moralmente de intentar la muerte o el grave daño corporal de la víctima.

Algunas decisiones sobre la *mens rea* parecen asumir que solamente la retribución justifica el castigo, otras parecen admitir que el objetivo de la prevención hace legítimo abandonar el requisito de actitudes subjetivas; algunas veces ciertas decisiones judiciales parecen reconocer una asociación estrecha entre reproche moral y responsabilidad penal, mientras que en otros casos las consideraciones morales no parecen reconocerse como guías para inferir requisitos de responsabilidad penal.

Así, lo que el derecho penal inglés expone son postulados *ad hoc* para el tratamiento de clases específicas de casos, sin combinarlos en una teoría normativa general.

Lo interesante del contraste entre la teoría continental del delito y el enfoque expuesto en relación al derecho penal inglés es que revela deficiencias casi opuestas de uno y otro enfoque y sugiere que podemos sacar provecho de los méritos de uno a fin de evitar los defectos del otro.

La tarea de proponer una teoría general del delito, libre de las desventajas de los enfoques existentes, está naturalmente fuera de mi alcance; sin embargo, en la Parte Segunda de este trabajo presentaré algunos elementos normativos y conceptuales de tal teoría alternativa.

Algunas de las conclusiones que sostendré coincidirán con las de la teoría continental del delito, especialmente en su versión clásica, pero adoptaré una metodología radicalmente diferente de la de esta teoría, dominada como está por presupuestos conceptualistas. Voy a encarar desde el principio las principales cuestiones valorativas que debe resolver la formulación de una estrategia para la reformulación del derecho penal, sin pretender que las soluciones sugeridas sean objetivamente válidas y, menos

aún, que se infieran de la estructura misma del sistema jurídico una vez que éste es sometido a “filtros” conceptuales apropiados.

PARTE SEGUNDA

BASES PARA UN ENFOQUE ALTERNATIVO

CAPÍTULO III

SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LA PENA

Una teoría consensual

En este capítulo y en el siguiente trataré de defender algunos principios generales que deberían integrar la base normativa de una teoría para la adjudicación de responsabilidad penal.

Tales principios van a ser propuestos en el contexto de la discusión sobre la justificación de la pena, la relación entre inmoralidad y responsabilidad penal, y los posibles modos de aplicar preceptos penales a casos particulares. El primer tema será tratado en este capítulo, mientras que los dos últimos se considerarán en el siguiente.

Hay dos posibles maneras de encarar estos temas en un espacio limitado. Una consistiría en presentar un tratamiento exhaustivo de los problemas filosóficos implicados, dejando de lado la preocupación por formular las soluciones jurídicas específicas que se siguen de una toma de posición frente a tales problemas. La otra alternativa consistiría en asumir, sin discusión, la validez de ciertas opiniones filosóficas sobre aquellos problemas, concentrándose, en cambio, en la tarea de extraer de ellas soluciones

para cuestiones particulares de responsabilidad penal. Voy a seguir una vía intermedia: expondré algunas consideraciones sobre los problemas filosóficos mencionados, pero apoyándome en muchas hipótesis que a un filósofo le gustaría ver discutidas; intentaré también inferir algunas soluciones para cuestiones específicas de responsabilidad penal, pero sin ofrecer el esquema comprensivo y operativo que satisfaría a un jurista. Corro el riesgo de no contentar a nadie, pero puedo alegar como excusa que muchas de las dificultades que aparecen, tanto en las discusiones filosóficas como en las jurídicas sobre estos temas, son el resultado de no tomar en cuenta problemas y soluciones que se estudian en el contexto de la otra disciplina.

Evidentemente la discusión acerca de la justificación de la pena —que nos ocupará durante el resto de este capítulo— está permanentemente amenazada por el riesgo de incurrir en equívocos verbales debidos a la falta de una clara demarcación de los confines del concepto de pena. Es, por tanto, aconsejable dedicar algunos párrafos preliminares al esclarecimiento de ese concepto.

A. EL PROBLEMA DE DEFINIR “PENA”

La primera cuestión que se plantea en relación a la definición de “pena” es la ineficacia de erigir “barreras definicionales” destinadas a mostrar que una u otra de las justificaciones propuestas está ya lógicamente implicada o lógicamente excluida por la caracterización del concepto¹. Siempre es posible neutralizar esta clase de maniobras mediante el expediente de presentar una línea

¹ Un ejemplo de este tipo de argumento se puede encontrar en Quinton, A. M., *On Punishment*, incluido en Acton, H. B., ed., “The Philosophy of Punishment”, Londres, 1975, p. 55.

argumentativa que separe las propuestas lingüísticas de los alegatos morales substantivos².

De cualquier modo, es obviamente relevante para esta discusión caracterizar el concepto de pena, de modo que se pueda circunscribir qué es lo que necesita ser justificado. Además, si la definición de "pena" mostrara que la institución denotada tiene afinidades con otras prácticas sociales, ello podría indicar en qué medida las bases para aceptar esas otras prácticas pueden proveer una justificación moral de la pena.

Como resultado de propuestas de autores como Flew³ y Hart⁴, se acepta corrientemente que los casos de pena presentan las características siguientes: *a*) la pena implica la privación de derechos normalmente reconocidos u otras medidas consideradas no placenteras; *b*) es consecuencia de un delito; *c*) es aplicada en contra del autor del delito; *d*) es aplicada por un órgano del mismo sistema que ha convertido en delito el acto de que se trata.

La característica señalada por esta definición que casi todo el mundo parece aceptar con menos vacilación es la mencionada en *b*. Esto es curioso, ya que aquí se vincula la definición de "pena" con el concepto de delito, que de suyo presenta notorias dificultades (hecho raramente mencionado en las discusiones acerca de la pena).

El problema es que la palabra "delito", o sinónimos parciales, como "crimen" o "acto jurídico", ha sido frecuentemente definida a través de cierta relación con la pena. La más conocida de este tipo de definiciones es

² Ver, por ejemplo, Mundle, C. W. K., *Punishment and Desert*, en Acton, ed., "The Philosophy of Punishment", cit., p. 65 y 71.

³ *The Justification of Punishment*, en Acton, ed., "The Philosophy of Punishment", cit., p. 83.

⁴ *Prolegomenon to the Principles of Punishment*, incluido en su colección "Punishment and Responsibility", Oxford, 1968, p. 5.

la de Kelsen⁵, quien, en esencia, define “delito” o “acto antijurídico” como una conducta que una norma jurídica válida describe como condición necesaria para que se aplique una sanción. Como he tratado de demostrar en otro trabajo⁶, esta definición no recoge algunas de las notas tenidas en cuenta por el uso común de la palabra, sin que esta falla sea resuelta por las modificaciones a que Kelsen subsecuentemente la somete. Sin embargo, mi opinión es que la connotación que la definición de Kelsen asigna al concepto de delito es insuficiente y no que la referencia a la pena debe ser removida de ella.

En cambio, otros autores⁷ parecen suponer que hay que disociar el concepto de delito del concepto de pena, del mismo modo que algunos filósofos han desvinculado correctamente la noción de obligación jurídica de la noción de pena, apartándose de Kelsen y otros teóricos⁸. Confieso que no puedo percibir la plausibilidad de este programa, ya que parece haber prácticas lingüísticas bien establecidas, sobre todo en el ámbito jurídico, de acuerdo con las cuales el significado de “delito” está intrínsecamente ligado a la idea de sujeción a pena.

Evidentemente, una de las ventajas de definir “deber jurídico” independientemente de la sanción está en que refleja el hecho de que, a pesar de la opinión de Kelsen, no toda violación de un deber jurídico es un delito; sería incorrecto reintroducir esta identificación que defiende

⁵ Kelsen, H., *Théorie pure du droit*, tr. Ch. Eisenmann, 2ª ed., París, 1962, p. 157.

⁶ Nino, C. S., *La definición de “delito”*, en “Notas de filosofía del derecho”, Bs. As., 1969, nº 5.

⁷ Ver, por ejemplo, una breve exposición de esta opinión en Mac Cormick, D. N., *Legal Obligation and the Imperative Fallacy*, en Simpson, A. W. B., ed., “Oxford Essays in Jurisprudence”, Oxford, 1972, p. 124.

⁸ Ver, por ejemplo, Carrió, G. R., *El concepto de deber jurídico*, Bs. As., 1966, y Hacker, P., *Sanction-Theories of Duty*, en Simpson, ed., “Oxford Essays in Jurisprudence”, citada.

Kelsen atribuyendo a la noción de delito un alcance tan amplio como el que se le asigna a la de deber jurídico. Si hay un punto claro acerca de la lógica de los conceptos jurídicos básicos, es el que las nociones de violación de un deber jurídico y delito no son coextensivas, y que el delito es una subclase de las conductas que constituyen el antecedente de una pena.

Si se acepta esto sería circular definir "pena" como una consecuencia imputada a la comisión de un delito. Sin embargo, no toda definición circular es viciosa: por ejemplo, puede muy bien ocurrir que la definición de un concepto se refiera a un aspecto de otro concepto, el que a su vez se define parcialmente por una característica independiente del primer concepto, que no tiene relación con su propia referencia al segundo. Así, podríamos definir *A* como *B*, *C*, y *B* como *A*, *E*, siendo el caso que lo que es relevante en la alusión a *B* que hace la definición de *A* es la propiedad nombrada por *E*, mientras que lo relevante en la referencia a *A*, que hace la definición de *B*, es la característica designada por *C*.

De acuerdo con esto, podríamos ensayar la siguiente maniobra con el objeto de explicar por qué es esclarecedor definir "pena" como la consecuencia de un delito, aun sin abandonar la definición de "delito" como acción punible. Suponiendo que aceptemos que el delito es una subclase de actos prohibidos, la referencia adicional a la punibilidad serviría para circunscribir esa subclase de actos prohibidos, distinguiéndola de otros actos prohibidos; a su vez, cuando definiéramos "pena" como la consecuencia de un delito, no diríamos que la pena es la consecuencia de un acto punible, sino que la pena se distingue de otras medidas coactivas por ser consecuencia de un acto prohibido. De este modo, lo que en realidad diríamos sería que un delito es un acto prohibido que acarrea medidas coactivas, y que la pena es una medida coactiva

que resulta de la violación de un deber jurídico. Sin embargo, aun dejando de lado la dificultad de elucidar qué se quiere decir con que el delito es un acto prohibido, este modo de evitar un círculo vicioso entre las definiciones de "delito" y de "pena" parece ser insatisfactorio. En efecto, hay muchos casos de medidas coactivas que resultan de actos prohibidos y que, no obstante, no denominamos "penas", y la reacción espontánea es nuevamente la de explicar este hecho diciendo que esas violaciones no son delitos. Ejemplos claros de esto son: la ejecución de bienes para compensar daños causados por actos ilícitos de derecho civil o incumplimientos contractuales; la destrucción de una casa construida en violación de reglamentaciones edilicias; la deportación de un extranjero cuya visa ha expirado; la remoción de un vehículo estacionado incorrectamente, etcétera. Y, si además dejáramos de lado el requisito (discutible) de que la pena debe resultar de la comisión de un acto prohibido, podríamos añadir a la lista anterior muchos contra-ejemplos más, como cuarentenas, confinamiento de dementes, requisición de bienes en tiempo de guerra, impuestos destinados a disuadir de realizar ciertas actividades, etcétera.

Por supuesto, una manera frecuente de tratar de distinguir la pena de esos otros casos de medidas coactivas es incluyendo en la definición de la primera cierto objetivo final distintivo con el que la práctica de penar se lleva a cabo. Pero, aparte de que, probablemente, algunas medidas coactivas no punitivas podrían compartir ese mismo objetivo, y de que su caracterización tal vez necesitaría recurrir de nuevo a la noción de delito, esta maniobra corre el riesgo de crear una "barrera definicional" en la discusión acerca de la justificación de la pena.

A pesar de estas dificultades, creo que se puede formular una reconstrucción adecuada del concepto de pena, sin hacer referencia a su conexión con el delito, mediante

la mención de dos diferencias relevantes entre ella y otras medidas coactivas aplicadas por el Estado.

En primer lugar, cualquiera que sea el objetivo final por el cual se prescribe y aplica la pena, constituye un componente esencial de la razón por la que se recurre a ella el colocar a sus destinatarios en una situación desagradable, o, para decirlo crudamente, el someterlos a algún sufrimiento. Si el objetivo de la pena fuera la retribución por un mal causado en el pasado, el sufrimiento o la situación desagradable, generados por la privación en que la pena consiste, se buscaría como un fin en sí mismo, independientemente de cualquier consecuencia ulterior. En cambio, si el objetivo de la pena fuera la prevención general o especial, tal sufrimiento o situación desagradable para el penado se buscaría como un medio para disuadirlo a él o disuadir a otros de cometer actos similares en el futuro. En otras palabras, el sufrimiento que la pena implica es un efecto intencional del acto de recurrir a ella (ya que se lo persigue como fin o como medio para otro fin)⁹. Esto no ocurre en el caso de las otras medidas coactivas impuestas por el Estado: aunque ellas también producen habitualmente sufrimiento y efectos desagradables para sus destinatarios (y a veces esto es un aspecto inevitable de tales medidas), ello es un mero subproducto y no constituye parte esencial de la razón para recurrir a tales medidas. El sufrimiento de las personas sujetas, por ejemplo, a una cuarentena o a una ejecución civil no se procura como un fin en sí mismo o como un medio para otro fin ulterior, sino que es, a lo sumo, una consecuencia necesaria de una privación cuya función no está relacionada con tal sufrimiento. Esto se pone de manifiesto con el hecho de que si a tales medidas, por hipótesis (y supo-

⁹ Esta característica distintiva está sugerida claramente por Beling, E., *Esquema de derecho penal*, tr. S. Soler, Bs. As., 1944, p. 8 y 9.

niendo que ello fuera posible), se las despojara de sus aspectos desagradables, o se las complementara con una compensación adecuada por el sufrimiento que implican, no por ello perderían su razón de ser; en cambio, en la pena, tales modificaciones afectarían radicalmente a la razón misma de recurrir a ella, de modo que dejaríamos de considerar pena a la privación en cuestión. Teniendo en cuenta lo que dije al comienzo, podría objetarse que la inclusión de esta propiedad distintiva en la definición de "pena" implica erigir una "barrera definicional" en contra de, por lo menos, dos posibles objetivos que a veces se aducen como fundamento para justificar medidas punitivas: la reforma o rehabilitación de los delincuentes y su incapacitación física para cometer otros delitos. Sin embargo, creo que en este caso es legítimo excluir por definición estos objetivos como propios de la *pena*. Me parece que difícilmente clasificaríamos como tal, en el uso común del lenguaje, una medida cuyo *único* objetivo fuera la rehabilitación o la incapacitación para reincidir del delincuente. En realidad, cuando se aducen estos propósitos como las únicas metas válidas en la lucha contra la delincuencia, los que así lo hacen suelen plantear su pretensión como una propuesta de reemplazar la pena por algo diferente (por ejemplo, por medidas curativas o de seguridad). Si esto no siempre se advierte con tanta claridad es porque, como veremos más adelante, los abogados de la rehabilitación frecuentemente aceptan algún compromiso con la persecución de otros objetivos, y, por lo tanto, asignan alguna relevancia funcional al sufrimiento o a los aspectos desagradables implicados en las medidas que propugnan ¹⁰.

¹⁰ Advertí la necesidad de recurrir a la característica distintiva que acabo de exponer cuando debí responder a algunas observaciones críticas que N. E. Spolansky dirigió a la primitiva caracterización del concepto de pena que presenté en una discusión académica en la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico.

La segunda característica que distingue la pena de otras medidas jurídicas coactivas es la señalada por los pocos autores, especialmente Joel Feinberg¹¹, que han puesto énfasis en la conexión entre pena y juicios de desaprobación moral y actitudes reactivas de resentimiento e indignación. Feinberg sostiene que la diferencia entre la pena y las demás medidas coactivas es que la pena es un instrumento convencional para expresar el resentimiento o la desaprobación experimentada, ya por la autoridad punitiva misma o por aquellos “en cuyo nombre” se impone la pena. Me gustaría distinguir dos aspectos de la relación entre la pena y los juicios de desaprobación y actitudes reactivas que no están suficientemente diferenciados en el análisis de Feinberg. Este autor habla de la pena como *expresión* de desaprobación y como *símbolo* de ella¹². Creo que estas dos descripciones corresponden a cosas diferentes y me animo a decir que es la segunda de ellas la que otorga a la pena su carácter distintivo. Si bien es verdad que a veces se recurre a la pena para dar rienda suelta a sentimientos de indignación o resentimiento, no siempre ocurre así. Pero, aun cuando una pena no se imponga como expresión de desaprobación o resentimiento, la comunidad la considera un símbolo de la indignidad moral de los que la sufren. La forma en que este símbolo se constituye es bastante obvia: la comisión de un acto moralmente reprochable, bajo ciertas condiciones, provoca juicios y reacciones adversos; cuando a esos actos siguen regularmente ciertas medidas distintivas, la gente asocia esas

¹¹ Feinberg, J., *The Expressive Function of Punishment*, incluido en su obra “Doing and Deserving”, Princeton, 1970. Para otras posiciones que también asumen una relación conceptual estrecha entre pena y reproche moral, ver Ross, A., *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Londres, 1975, p. 37 y Hart, H. M., *The Aims of the Criminal Law*, en “Law, and Contemporary Problems”, 23 (1958), II, A. 4.

¹² Ob. cit., p. 100.

medidas con aquellos actos, hasta el punto de que el mero conocimiento de que alguien es objeto de una de tales medidas, sin saber qué acto le diera lugar en concreto, provoca los mismos juicios y reacciones que se tienen en presencia de actos moralmente reprobables. Por supuesto, este proceso se funda en el carácter distintivo de la medida. Cuando ésta es similar a las medidas adoptadas en casos en que los sometidos a ellas no suscitan, en general, resentimiento o indignación —como el confinamiento en hospitales psiquiátricos—, la asociación con la reprochabilidad del agente no se produce, aunque en el caso particular el acto que provocó la medida haya sido reprochable. Algunas medidas coactivas tienen un carácter ambiguo, ya que ellas no están estrictamente asociadas con la comisión de actos condenables, pero tampoco en general se las aplica en situaciones moralmente neutras. Cuando un comerciante tiene que pagar al Estado una suma de dinero por abrir su tienda en un día feriado, la diferencia entre considerar ese pago como un impuesto o verlo, en cambio, como una multa depende directamente de las actitudes de la comunidad y de las autoridades hacia ese acto particular. Es en estos casos donde la dimensión simbólica de la pena está ligada a las reacciones de la comunidad respecto de los actos concretos por los que se la aplica, puesto que la medida en cuestión no es una de las que se asocian, en abstracto, con la comisión de actos reprochables. Esta característica de la pena explica nuestra perplejidad acerca de la relevancia que para la definición del concepto tiene el hecho de que ella sea la consecuencia de un delito. Hay, por cierto, una relación conceptual entre pena y delito, pero no es una relación directa. La relación se da entre los juicios de desaprobación y las actitudes reactivas que ciertos actos delictivos provocan y

que se transfieren a las consecuencias distintivas de esos actos, y la identificación de las medidas que implican tales connotaciones estigmatizadoras como casos de pena. Los filósofos se preguntan si tiene sentido decir que un inocente ha sido sometido a pena; esto es perfectamente inteligible cuando la medida en cuestión es suficientemente distintiva como símbolo de desaprobación social (aunque se reconozca que tal desaprobación es inapropiada en el caso presente), pero podría resultar menos comprensible cuando el carácter estigmatizador de la medida dependiera de las reacciones frente al caso particular.

Si la pena difiere de otras medidas coactivas impuestas por el Estado en los aspectos que acabo de exponer, es importante determinar qué relevancia tienen tales notas distintivas para su posible justificación moral. La respuesta *prima facie* es que las dos propiedades que distinguen la pena de las otras medidas jurídicas coactivas parecen ser poco significativas para el esclarecimiento de la justificabilidad de aquélla. En primer lugar, mientras se acepta comúnmente que el hecho de que una medida implica sufrimiento para alguien determina la exigencia de que se provea una justificación específica de tal medida (no basta, por ejemplo, decir que está ella impuesta por autoridades legítimas), no parece, en cambio, ser relevante para decidir si la medida es o no objetivamente justificable la circunstancia de que el sufrimiento sea, en un caso, sólo efecto intencional de tal medida, o sea, en otro caso, sólo un subproducto necesario que no se persigue como fin o como medio para otro fin ulterior. Esta cuestión es la misma que ha sido discutida en relación a la posible justificabilidad moral de algunas especies de homicidios y, en especial, abortos y, excepto por la controvertida doctrina del “doble efecto” en relación al aborto, se coincide por lo

común en que el hecho de que el resultado perjudicial (en este caso la muerte de la víctima) sea perseguido intencionalmente o sea simplemente previsto como un efecto colateral necesario del acto, no incide sobre la *justificación* de dicho acto, aunque puede ser, por supuesto, decisivo para *reprochar* o *excusar* a su autor. Evidentemente aquí no se trata de determinar si los funcionarios que prescriben y aplican penas pueden o no ser excusados, sino si la institución de la pena puede ser objetivamente justificada cualquiera que sea el juicio moral que merezcan quienes recurren a ella. En segundo término, las connotaciones estigmatizadoras de la pena no parecen plantear un problema especial en relación a su justificación *vis-à-vis* de las otras medidas jurídicas coactivas, puesto que el estigma representa meramente otra carga o desventaja que los destinatarios de la pena sufren y que se agrega a las diferentes privaciones explícitamente involucradas en las distintas especies de pena. Presumiblemente, la justificabilidad genérica de la pena y de las otras medidas coactivas no depende directamente de la clase de desventaja o privación involucrada en cada caso (aunque, una vez que se acepta que la institución de la pena es genéricamente justificable, el mal que algunas penas presuponen —por ejemplo, la pena de muerte— puede ser relevante para excluir de tal justificación genérica a esas penas en particular). Aunque más adelante voy a calificar esta respuesta negativa acerca de la relevancia para la justificación de la pena de las características que la distinguen de las otras medidas coactivas aplicadas por el Estado, la presente conclusión provisional sugiere que puede resultar iluminador explorar en qué medida puede extenderse a la pena la justificación comúnmente aceptada (sin demasiado debate filosófico) para aquellas otras medidas. Este es el método que seguiremos en la discusión siguiente.

B. LA PENA Y LA PROTECCIÓN SOCIAL

Como acabamos de ver, la pena es sólo una especie de la extensa familia de medidas que implican una privación de derechos normalmente reconocidos, usando medios coactivos si es necesario, ejercida por instituciones oficiales. Esta clase genérica incluye también las cuarentenas, el confinamiento de enfermos mentales peligrosos, las requisas de bienes en tiempo de guerra, la remoción o destrucción de objetos que obstruyen el tráfico o de edificios construidos antirreglamentariamente, la deportación de extranjeros sin permiso para residir en el país, etcétera. A fin de comparar la pena con estas otras medidas, vamos a dejar de lado por ahora (apoyándonos en la conclusión *prima facie* recién establecida), las connotaciones estigmatizadoras que tiene aquélla, para concentrarnos en su carácter de medida pública que priva explícitamente de ciertos derechos normalmente reconocidos.

La justificabilidad de estas medidas en casos particulares puede ser controvertible, pero ella es raramente atacada como cuestión de principio general, siempre que ciertas condiciones mínimas sean satisfechas. Puede ser discutible si un leproso, o los leprosos en general, deben ser puestos en cuarentena, pero muy pocos pensarían que la institución de la cuarentena como tal deba someterse a un escrutinio filosófico profundo.

Hasta un escolar sostendría que tales medidas son justificables en tanto en cuanto sean ellas necesarias y efectivas para la protección de la sociedad en conjunto. Se tiene en cuenta que en tales casos esa protección en concreto no envuelve una medida contra un enemigo externo de la sociedad, sino contra un miembro de ella que tiene él mismo derecho de reclamar los beneficios de tal protección. Así, pues, esta clase de protección supone causar

un daño a lo mismo que se trata de proteger contra daños mayores. Si decimos que la comunidad sufre un daño cuando uno de sus miembros contrae una enfermedad, tenemos obviamente que decir lo mismo cuando a alguno de sus miembros se lo priva de la libertad.

Esta clase de protección indudablemente requiere valorar qué es lo que merece ser protegido y qué es lo que puede sacrificarse en su lugar. Pero lo importante es que, una vez que estamos de acuerdo en estos juicios de valor, la aceptabilidad de las medidas está controlada por consideraciones puramente racionales de prudencia. Estas consideraciones son, en general, las mismas que casi todos los sistemas jurídicos toman en cuenta para caracterizar el estado de necesidad justificante: *a*) debe haber la certeza o una gran probabilidad de que lo que se considera un mal va a ocurrir; *b*) la medida protectora debe ser a la vez necesaria y efectiva para prevenir ese mal; *c*) tal medida debe implicar un mal menor que el que ella tiende a precaver. Si no hay controversia acerca de qué es lo que constituyen males y acerca de la relativa importancia de los distintos males implicados, sería simplemente irracional tratar de proteger algo contra cierto mal usando una medida que implicara un daño mayor a la misma cosa, o, que fuera inefectiva o innecesaria (ya que se dispone de otro procedimiento que es, por ejemplo, igualmente efectivo y menos dañoso). Si, por ejemplo, pensamos que la libertad de movimientos de las personas es un bien social mayor que el estar a salvo de sufrir gripe, confinar a un hombre afectado de esa enfermedad contagiosa para precaver una epidemia sería llanamente auto-frustrante como medida de protección social.

En el caso de prácticas no punitivas que implican una privación coactiva de derechos, está fuera de duda que en muchos casos ellas constituyen un mal menor que

el que están destinadas a prevenir. Cuando así acaece, pocos objetarían tales prácticas. Aunque esta apresurada aceptación ignora algunas complicaciones (que mencionaremos más adelante), es indudable que consideraciones de protección social proveen una justificación *prima facie* para muchas privaciones de derechos normalmente reconocidos.

La pregunta obvia es en qué medida puede defenderse la legitimidad de la pena sobre las mismas bases que permiten defender la legitimidad, por ejemplo, de las cuarentenas. Esto lleva, por supuesto, a concentrar el análisis en la conocida justificación utilitarista de la pena. No voy a considerar todos los argumentos en favor y en contra de esta forma de justificar la pena, limitándome, en cambio, a hacer algunas acotaciones sobre puntos que creo que no están suficientemente destacados en las discusiones corrientes de algunos de estos argumentos ¹³.

El intento de ofrecer la misma justificación para la pena que para otras medidas compulsivamente impuestas por el Estado (o sea, la protección social) no implica necesariamente alguna posición en particular respecto de la validez de uno u otro de los objetivos habitualmente asociados a dicha justificación, como prevención general o especial, rehabilitación o incapacitación física para cometer nuevos crímenes. Evidentemente, la justificación de la pena en términos de protección social nos compromete a sostener que ella puede ser eficaz para precaver males sociales a través de una o más de tales funciones, pero la justificación misma no está lógicamente conectada con alguna de ellas en particular. Este punto tiene cierta relevancia, ya que algunas opiniones que parecen atacar esta clase de justificación, lo que hacen en realidad es rechazar alguna de tales funciones, defendiendo, en cambio, alguna

¹³ Algunos de los argumentos corrientes en contra de la justificación utilitarista de la pena son lúcidamente analizados por Eduardo A. Rabossi, *La justificación moral del castigo*, Bs. As., Astrea, 1976.

otra. Así, por ejemplo, la oposición a la finalidad de prevención general no siempre implica oposición a justificar la pena sobre la base de la protección social.

Una objeción común, en contra de tomar en cuenta la protección de la sociedad como base para justificar la pena, es que las consideraciones de prudencia que controlan toda medida protectora, difícilmente se cumplen en el caso presente. Se alega o bien que la pena es inefectiva para disuadir a otra gente o al autor mismo de cometer nuevos crímenes, o que es innecesaria porque hay otros medios para precaver delitos que no son tan dañosos y al menos son igualmente efectivos, o que la pena tiene consecuencias perjudiciales que no son generalmente reconocidas y que una vez tomadas en cuenta demuestran que es más dañosa que el estado de cosas que trata de evitar. En cualquier caso, la pena sería auto-frustrante como medio para proteger bienes sociales, porque implicaría un perjuicio mayor para el conjunto de ellos que el que se produciría si no se la empleara.

Por supuesto que este escepticismo es independiente, como aclara correctamente Barbara Wootton¹⁴, de la aceptación de una tesis determinista. Como el determinismo no niega que haya algún medio para influir eficazmente en la conducta de la gente, la negativa a admitir que la pena pueda ser uno de ellos no deriva de sostener la tesis determinista.

No es fácil valorar las bases empíricas en que descansan los alegatos anteriores. Hay no solamente problemas de prueba sino también dificultades acerca de los criterios para juzgar tal prueba.

No quiero verme envuelto en una discusión sobre temas sociológicos. Sólo deseo apoyar lo que dice Glo-

¹⁴ Wootton, B., *Crime and the Criminal Law*, Londres, 1963, p. 79.

ver¹⁵, a saber, que un defensor sincero de la protección social como justificación de la pena tiene que mantener una actitud abierta ante posibles pruebas de que la pena en general es ineficaz, innecesaria o socialmente perniciosa —o que lo son ciertas penas en particular—. Naturalmente, es una hipocresía frívola proclamar que la pena es un medio necesario para precaver males sociales mayores y al mismo tiempo cerrar los ojos ante posibles demostraciones en contrario.

Sin embargo, aparte de estas cuestiones empíricas importantes, hay un aspecto conceptual que no está totalmente claro en esta ofensiva contra la pena y que podría incluso proyectar dudas acerca de la relevancia de tales argumentos empíricos para demostrar la justificación de la pena.

Es un hecho evidente que los pensadores enrolados en el movimiento contra la pena adoptan posiciones muy diferentes. Muchos de ellos atacan concepciones retribucionistas; otros ponen en duda el efecto preventivo general de las medidas coactivas, pero defienden su posible eficacia para disuadir en el futuro al propio delincuente; otros parecen adoptar la opinión contraria, admitiendo que la amenaza de medidas coactivas puede tener un efecto preventivo general, pero sosteniendo que el delincuente presente necesita algo distinto de la pena para cambiar sus pautas de conducta; casi todos ellos propugnan, en diferente medida, alguna clase de tratamiento para obtener el efecto que, según ellos, la pena no consigue producir; y muchos recalcan la necesidad de una acción de política social más amplia y profunda para eliminar los factores criminógenos que existen en la sociedad.

Pero lo importante para nuestro tema es que casi todas estas propuestas dan lugar a la aplicación por el

¹⁵ Glover, J., *Responsibility*, Londres, 1970, p. 153.

Estado de medidas coactivas que suponen la privación de derechos normalmente reconocidos, privación que generalmente implica sufrimiento. Estas medidas se admiten por razones que varían de acuerdo con la posición general del autor: *a*) la necesidad de obtener cierta prevención general, aunque se sostenga que la pena no es eficaz como medio preventivo especial y que sólo algún modo de tratamiento puede disminuir la reincidencia; *b*) la necesidad de disuadir para el futuro al propio penado, aunque se piense que las reformas sociales son más eficaces que las penas como medio de impedir que los que aún no son criminales lo sean en el futuro; *c*) la necesidad de contar con medios compulsivos para someter a tratamiento a los que no se prestan a él voluntariamente; *d*) la necesidad de contar, dentro del repertorio de tratamientos disponibles, con medidas que impliquen ciertas privaciones, ya que habría casos en que ellas y no una atención médica serían el tratamiento adecuado.

En todos estos casos parecería que se estuviera aceptando algo cercano a lo que se llama "pena" y que sólo se objetaran algunas de las funciones posibles de la pena o la idea de que ella sea la única arma efectiva en la lucha contra el crimen. Si es así, las pruebas empíricas que estos mismos autores presentan deben ser relativizadas de antemano, y tomadas como demostración, no de que las condiciones que atañen a la racionalidad de toda acción protectora no se dan en la pena, sino de que ellas no se satisfacen a través de algunas de las funciones que tradicionalmente se asignan a la pena. Ciertamente algunos ataques a la pena son, en realidad, ataques a la pena retributiva; pero la pena no debe considerarse indisolublemente ligada a alguna de las justificaciones que de ella se ofrecen, así como tampoco su justificación en términos de protección social debe identificarse, como ya he dicho, con

la defensa de la eficacia de alguna de sus posibles funciones.

Pero los abolicionistas podrían sostener también que las medidas coactivas que ellos admiten no son penas. Uno de los elementos distintivos de la pena respecto de otras medidas coactivas es —como lo he señalado— su *status* como símbolo de reprobabilidad; por lo tanto, tal vez lo que los abolicionistas quieren decir con este alegato es que las medidas que ellos aceptan no tendrían ese carácter estigmatizador. Más adelante discutiré la validez de este alegato, pero por el momento no es él relevante, puesto que sólo consideramos la justificabilidad de la pena en relación únicamente a su carácter de privación coactiva de ciertos derechos.

Algunos otros argumentos en contra de justificar la pena sobre la base del principio utilitarista de la protección social pierden mucho de su peso cuando se los examina en el contexto de otras medidas coactivas impuestas por el Estado.

Uno de ellos es que, si la protección de la sociedad fuera la única justificación de la pena, estaríamos autorizados a emplear medidas extremadamente severas para prevenir el daño social implícito en cualquier delito; ahorcar a los automovilistas sería, por ejemplo, una medida mucho más efectiva para prevenir faltas de estacionamiento que aplicarles una multa moderada¹⁶. Este argumento es claramente absurdo: si uno acepta la escala de valores que es fundamental para su validez (según la cual la muerte de una persona es mucho peor que la congestión del tráfico), la medida en cuestión sería, de acuerdo con cualquier criterio racional de la protección social, auto-frustrante. Es como si se sugiriera que la ejecución de las

¹⁶ Ver el argumento, por ejemplo, en Armstrong, K. G., *The Retributionist Hits Back*, en Acton, ed., "The Philosophy of Punishment", cit., p. 152.

personas afectadas de tifus sería un medio más efectivo que la cuarentena para precaver una epidemia.

Otro argumento más serio es el formulado persistentemente en el sentido de que la protección de la sociedad justificaría el castigo de gente inocente¹⁷.

La difusión de este argumento ha obscurecido el hecho de que en tanto y en cuanto la pena está destinada a precaver daños sociales a través de sus funciones de prevención general y especial, el requerimiento prudencial de que la pena debe ser efectiva provee (aparte de toda consideración valorativa) una razón muy fuerte para restringir su imposición a personas que hayan cometido delitos. Esto es así por la razón obvia de que la prevención está basada en un mecanismo psicológico de asociación entre los actos que la pena trata de precaver y los actos efectivamente penados.

Por supuesto que se da la tan mencionada posibilidad de elaborar una farsa judicial de tal modo que la gente crea que el que es en realidad inocente es culpable. Pero, aparte de que esto no podría generalizarse sin riesgo de que el engaño se descubriera (con el inevitable escándalo público), la mentira oficial tendría por sí misma consecuencias dañosas para la comunidad que difícilmente quedarían superadas por las ventajas alegadas¹⁸. Más aún, esta clase de pena perdería una de las funciones a través de las cuales la pena en general puede impedir males futuros: la de prevención especial.

Pero supóngase que en cierto caso fantástico las consideraciones de protección social indicaran que un inocente

¹⁷ Este argumento es adelantado, *inter alia*, por Mabbot, J. D., *Punishment*, en Acton, ed., "The Philosophy of Punishment", cit., p. 39 y por Armstrong, ob. cit., p. 155.

¹⁸ Ver el tema en Rawls, J., *Two Concepts of Rules*, en Acton, ed., "The Philosophy of Punishment", cit., p. 133, y Honderich, T., *Punishment, the Supposed Justifications*, Londres, 1969, p. 55.

debe ser penado. Es extraño que esta posibilidad remota haya sido fuente de tantas dudas acerca de la validez de la justificación de la pena basada en la protección de la sociedad, cuando ella no es una posibilidad sino un hecho generalizado y frecuente en relación al empleo de medidas coactivas no punitivas (justificadas también sobre la base de protección social), sin que este hecho suscite un solo murmullo de protesta.

Mientras se admite que gente inocente tiene, en la vida real, que sufrir toda clase de privaciones de derechos (como las involucradas en cuarentenas, etc.), en aras de la protección social, se salta en actitud de alarma cuando se menciona la sola posibilidad de un caso extraordinario en que la pena de un inocente podría prevenir una calamidad.

Feinberg, quien analiza lúcidamente la posibilidad de justificar la pena con independencia de su carácter estigmatizador, parece suponer que, excepto en casos de penalidades ligeras, como una pequeña multa, aplicar una medida coactiva a un inocente es siempre moralmente censurable. En algunos de sus pasajes la razón de este aserto parece ser que aplicar tan severo tratamiento es innecesario¹⁹. Por supuesto, si la medida fuera innecesaria, ella sería no sólo inmoral sino también, como hemos visto, irracional. Pero si se deja de lado la cuestión empírica de la necesidad y eficacia de la medida y se presupone que la escala de los daños implicados es correcta, la carga de probar qué diferencia hay entre la pena y otras privaciones coactivas de derechos, que hace a la primera, pero no a las últimas, inmoral cuando se aplica a un inocente, incumbe a quien la alega. Hasta que esa carga no se satisfaga, nos quedamos con la paradoja de que mientras la pena podría, por hipótesis, justificarse sobre las

¹⁹ Ob. cit., p. 113.

mismas bases de protección social que otras medidas coactivas, se pone en duda el paralelo por la sola razón de que la inocencia de la víctima, que es la norma en las otras medidas coactivas, podría excepcionalmente no impedir la imposición de una pena.

No obstante, la justificación de la pena sobre la base exclusiva del principio de la protección prudencial de la sociedad tropieza con una objeción adicional que considero decisiva. Esta objeción es también aplicable a la justificación de otras privaciones coactivas de derechos, pero con la notable diferencia de que ellas, y no la pena, pueden ser modificadas o complementadas con relativa facilidad para obviar o superar la objeción. La próxima sección está dedicada al análisis de este punto fundamental.

C. EL PROBLEMA DE LA DISTRIBUCIÓN Y LA RELEVANCIA DEL CONSENTIMIENTO

La dificultad con que tropieza la justificación de una medida coactiva sobre la base de que el daño que ella supone es necesario y eficiente para evitar un mal mayor, es de la misma índole que la que comúnmente se opone a la justificación utilitarista de medidas políticas, aunque, cuando se trata de una crítica general a esta postura, la objeción se vincula de ordinario con la maximización del bienestar social más que con la minimización de los daños sociales. La objeción apunta evidentemente a la *distribución* de los beneficios o, lo que es relevante en este caso, de las cargas que la actividad o práctica supone²⁰.

Del mismo modo que una medida que aumenta el producto nacional a costa de una distribución sumamente inequitativa de él, puede ser tildada de injusta, también

²⁰ Ver, entre otros, Rescher, N., *Distributive Justice*, Nueva York, 1966.

puede ser tachada de injusta una medida que reduzca el daño total que la comunidad sufriría sin ella, pero a costa de dañar desigualmente o de imponer inequitativamente cargas sobre algunos de sus miembros que, en ausencia de ella, estarían en mejor posición²¹.

Sin perseguir todas las ramificaciones de los argumentos y contraargumentos que esta apelación corriente a la idea de justicia da lugar, estoy convencido de que, en general, esa apelación es válida. A menos que nos adhira-mos a la idea mítica de que la sociedad es una especie de organismo viviente cuyo bienestar global es algo deseable por sí mismo²², no hay ninguna razón para considerarla a ella como la unidad elemental, cuyos estados comparativos antes y después de la adopción de cierta medida (independientemente del estado en que a cada uno de sus miembros se coloque) constituya el criterio para justificar la medida en cuestión. En cambio, si se toma a los individuos como tales unidades elementales, será el bienestar comparativo de cada uno de ellos el que deba ser tenido en cuenta para juzgar acerca de la legitimidad o no de las medidas que puedan alterarlo. Podríamos seguir hablando de mejores o peores condiciones de la sociedad, pero ellas no resultarán de la mera agregación de los beneficios y cargas de sus miembros, sino también de la calidad de la distribución de ellas.

Varios de los autores contemporáneos de más relevancia en el campo de la filosofía social coinciden en esta objeción fundamental al utilitarismo. John Rawls²³, por ejemplo, dice: "La característica llamativa de la concepción utilitarista de la justicia es que no tiene importancia,

²¹ Uno de los pocos defensores de la justificación utilitarista de la pena que se han hecho cargo de esta objeción ha sido Oliver W. Holmes (ver *The Common Law*, Boston, 1963, p. 37).

²² Ver Gauthier, D., *Practical Reasoning*, Oxford, 1963, p. 126.

²³ Rawls, J., *A Theory of Justice*, Oxford, 1972, p. 26 y 27.

excepto indirectamente, de qué forma [la] suma de las satisfacciones se distribuye entre los individuos, del mismo modo que no importa, sino indirectamente, cómo un hombre distribuye en el tiempo sus satisfacciones. En ambos casos la distribución correcta es la que produce la mayor satisfacción total. La sociedad debe adjudicar los medios con que cuenta para obtener satisfacción, cualesquiera que ellos sean: derechos y deberes, oportunidades y privilegios, y varias formas de riqueza, de modo que alcance si puede, tal máximo de satisfacciones. Pero en sí misma ninguna distribución de satisfacciones es mejor que otra, salvo cuando una distribución igualitaria es preferida para desempatar entre alternativas indiferentes entre sí. Es verdad que determinados preceptos de justicia de sentido común, particularmente los que se refieren a la protección de libertades y derechos, parecen contradecir esta concepción. Pero desde un punto de vista utilitarista, la explicación de estos preceptos y de su carácter aparentemente estricto es que la experiencia enseña que son preceptos que deben ser estrictamente respetados y sólo violados en circunstancias excepcionales si la suma total de las ventajas individuales debe ser maximizada. Aun así, los preceptos de justicia, como todos los demás, son derivados del único fin consistente en obtener el mayor cúmulo de satisfacciones. Por lo tanto, no hay, en principio, razón alguna por la cual las mayores ganancias de algunos no puedan compensar las pérdidas menores de otros, o, lo que es más importante, no hay razón alguna para impedir que la violación de la libertad de unos pocos no pueda ser saneada por el bien mayor compartido por muchos... Esta concepción de la cooperación social es la consecuencia de extender al conjunto de la sociedad el principio de elección para un solo individuo, fundiendo todas las personas en una sola a través de los actos ima-

ginarios de un espectador imparcial y sensible. El utilitarismo no toma en serio la distinción entre personas”.

A su vez, Robert Nozick²⁴, se hace eco de la misma crítica liberal en contra del utilitarismo con estas palabras: “... Puede, por cierto, parecer una verdad necesaria que ‘correcto’, ‘deber’... etc., deban explicarse en términos de lo que es o intenta ser, productivo del bien más extenso, incluyendo en ese bien todos los fines o metas. De este modo se pensó frecuentemente que lo que está mal en el utilitarismo (que *es* de esta forma) es su concepción demasiado estrecha de lo bueno. Se dice que el utilitarismo no toma en cuenta adecuadamente los derechos y sus violaciones; les otorga, en cambio, un *status* derivativo. Muchos de los contra-ejemplos formulados en oposición al utilitarismo se encuadran en esta línea de crítica; por ejemplo, la pena de un inocente para salvar a los habitantes de un barrio de un saqueo vengativo. Pero una teoría puede incluir primariamente la no violación de derechos, mas hacerlo en el lugar equivocado y en la forma equivocada. Porque, supongamos que alguna condición acerca de la minimización de la violación de derechos fuera incluida en el estado final deseable de ser alcanzado... Esto todavía podría obligarnos a violar algunos derechos cuando al hacerlo minimizara la suma total (mensurada) de violación de derechos en la sociedad... En contraste con la incorporación de los derechos en el estado final a ser alcanzado, se pueden colocar como ‘restricciones laterales’ a las acciones que se realicen... La concepción de las ‘restricciones laterales’ prohíbe a uno violar tales restricciones en la persecución de sus objetivos... Las restricciones laterales a la acción reflejan el punto de vista kantiano subyacente de que los individuos son fines,

²⁴ Nozick, R., *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, 1974, p. 28, 29, 32 y 33.

no sólo medios; no se los puede sacrificar o usar sin su consentimiento para alcanzar otros objetivos. Los individuos son inviolables... Pero, ¿por qué no se podría infringir la inviolabilidad de una persona para alcanzar un bien social mayor? Individualmente, cada uno de nosotros elige a veces soportar algún dolor o sacrificio para alcanzar un beneficio mayor o evitar un mal mayor... ¿Por qué no sostener, *similarmente*, que algunas personas deben soportar algunas cargas que benefician más a otros en aras del bien social *global*? Pero no hay una *entidad* social, uno de cuyos bienes se sacrifique en su propio beneficio. Hay solamente personas individuales, distintas personas individuales, con sus propias vidas individuales... Las restricciones laterales de índole moral sobre lo que podemos hacer reflejan el hecho de nuestras existencias separadas”.

De este modo, se puede decir, por ejemplo, que para justificar las cuarentenas no es suficiente que cuando a uno de los miembros de la sociedad se lo priva de su libertad de movimientos para proteger a muchos de ellos contra una enfermedad contagiosa, la sociedad está, en conjunto, en mejor situación que si la cuarentena no se aplicara. Puede argumentarse que no se justifica mejorar la suerte de un grupo, por extenso que sea, a expensas de otro grupo, por pequeño que sea, sin compensar al segundo con beneficios resarcitorios y sin imponer cargas correlativas al primero. Un leproso, por ejemplo, podría legítimamente llamar la atención sobre la injusticia de que su condición sea agravada privándosele de su libertad, mientras que otros gozan de salud y libertad gracias a su sacrificio.

Sin embargo, en el caso de medidas coactivas no punitivas esta objeción en términos de justicia puede generalmente superarse observando ciertas condiciones en la imposición de ellas.

En algunos casos, ciertos procedimientos pueden ser diseñados con el fin de distribuir tales medidas con arreglo a criterios de justicia. Tal vez cuando se trata de medidas que suponen cargas que pueden ser satisfechas por cualquiera, proceder a un sorteo sobre quién haya de soportarlas puede considerarse el procedimiento más justo (este es un caso de lo que Rawls llama "pura justicia procesal"). En otros casos, como el del confinamiento de dementes peligrosos, el carácter desagradable de la medida puede reducirse al mínimo y algún beneficio para las personas sujetas a ella (como, por ejemplo, el de intentar su cura) puede asumirse como un objetivo importante de la medida. La forma más común de suplementar medidas que tienden a proteger a la sociedad, obviando la objeción precedente, es hacerlo mediante la provisión de compensaciones adecuadas, en dinero o en otros bienes. Puede, por ejemplo, sostenerse que cuando hay que poner a alguien en cuarentena es justo que el resto de la sociedad, que resulta de este modo protegido contra cierta enfermedad, asuma la carga de suministrar al individuo una compensación suficiente por su sacrificio²⁴⁻¹.

Aunque podrían surgir algunas nuevas complicaciones, es innegable que cuando las privaciones de derechos que no tienen carácter punitivo son suplementadas en la forma mencionada, su justificación en términos de protección social asume nuevamente su fuerza originaria.

Pero el problema es que no se puede pensar en ningún mecanismo similar para suplementar la pena, haciéndola compatible con el requerimiento de una justa distribución de beneficios y cargas entre los miembros de la sociedad.

Si la pena es justificada por su capacidad para disminuir daños futuros a la sociedad en forma de delitos, y

24-1 Véase este punto en Nozick, ob. cit., p. 142-146.

si esto se persigue a través de sus funciones de prevención general y especial, y no solamente a través de la de incapacitación física, el carácter gravoso de la pena no es meramente un aspecto colateral de ella, como en otras medidas coactivas, sino algo intrínsecamente ligado a la razón por la que se recurre a ella (aquí aparece la relevancia para la justificación de la pena de una de sus notas distintivas que hemos mencionado). Cualquier intento de suministrar una compensación significativa por las cargas que la pena acarrea, necesariamente afectaría sus funciones de prevención general y especial; un resarcimiento perfecto a la víctima de la pena tendría que arrojar, para ella y para futuros destinatarios de la pena, un saldo equivalente, en el balance de beneficios y cargas, al de la situación en que no se impone la pena.

Parece, por lo tanto, que la pena debe necesariamente suponer una distribución no equitativa de beneficios y cargas; envuelve ineludiblemente la inflicción de un daño a un limitado grupo de individuos a fin de suministrar a otros, sin cargas correlativas, cierta protección contra daños futuros.

Pero no bien se formula esta descripción tiene una impresión de que es absurda. Hay dos formas de justificar esta impresión: una muy difundida, que creo que es ineficaz, y otra que ha sido raramente explorada y que considero filosóficamente fecunda.

La primera está constituida por un argumento retribucionista corriente (una de cuyas variables más interesantes discutiremos luego). Según él, decir que la pena supone una distribución injusta de beneficios y cargas es absurdo, ya que lo que la pena hace es precisamente restaurar una previa distribución justa que ha sido alterada por el delincuente. El delito necesariamente afecta a la distribución de bienes entre los miembros de la sociedad

y la punición del delincuente es necesaria para obtener una nueva distribución equitativa de tales bienes.

Sin embargo, no es claro, como se ha señalado muchas veces, en qué forma la pena puede contribuir a restaurar los derechos o bienes de las víctimas de un delito o de la comunidad en su conjunto, que han sido lesionados por la comisión de él, y a privar al autor del delito de los beneficios mal habidos. Más adelante tendremos una breve ocasión de examinar esta concepción; por el momento sólo quiero expresar mi escepticismo acerca de su fuerza explicatoria cuando se la interpreta en términos de beneficios y cargas más o menos tangibles.

El argumento alternativo es mucho más simple. Hace hincapié en el hecho de que la pena es generalmente, y puede ser invariablemente, aplicada observando un procedimiento que permite superar objeciones basadas en consideraciones de justicia distributiva.

La pena no es algo que cae sobre sus víctimas como consecuencia de un hecho fortuito o por la acción de terceros sin posibilidad de control por parte de ellas. Es producto, entre otras cosas, de la *voluntad* de la persona misma que la sufre. Esto es al menos así cuando se respetan ciertos requerimientos relativos a la conducta y actitudes subjetivas del destinatario de la pena.

El caso es que la apelación a que se haga una distribución equitativa de beneficios y cargas está fuera de lugar, cuando el interesado mismo ha aceptado una distribución que no es igualitaria.

La "justicia de acuerdo con el consentimiento"²⁵ cons-

²⁵ A. M. Honoré, en *Social Justice* (en Summers, R., ed., "Essays in Legal Philosophy", Oxford, 1971, p. 81) distingue, entre diferentes principios de justicia, el que denomina "justicia de acuerdo con la elección"; en el breve párrafo bajo este encabezamiento defiende la importancia del principio y señala que por su obvedad ha sido generalmente descuidado (ver más adelante nota 35).

tituye una justificación independiente de medidas públicas que debe combinarse con otros criterios de justicia.

Ésta es una área de la moral que requiere mucha más exploración que la realizada hasta el momento. Sólo puedo ofrecer algunas indicaciones generales en tal sentido.

El caso de los contratos constituye una clara categoría de situaciones (que no es, por cierto, la única) en la cual se aceptan distribuciones de bienes que, independientemente de su origen, podrían resultar injustas en algunos casos, por no ser equitativas.

El área de relaciones sociales que se reconocen como objeto permisible de contratos puede variar substancialmente, pero la validez de tales contratos no depende, en ningún sistema jurídico, de que representen una distribución perfectamente equitativa de beneficios y cargas entre las partes, sino, básicamente, de que las partes hayan consentido libremente en la distribución implicada.

Hay, por supuesto, una fuerte y valiosa tendencia en sistemas jurídicos modernos a prevenir lo que puede describirse como desigualdades groseras en las posiciones de las partes que van a contratar. Pero esta tendencia responde a una creciente preocupación por asegurar que el consentimiento de las partes haya sido libre y consciente. Se supone que a veces no ocurre así, a pesar de la ausencia de vicios tradicionalmente reconocidos (como la coacción), ya sea cuando una de las partes está en una posición desventajosa, como en las relaciones laborales, o cuando han ocurrido circunstancias extraordinarias que han alterado la distribución originariamente aceptada por los contratantes, como lo pone de manifiesto la doctrina francesa de la imprevisión.

Evidentemente la exigencia de que las partes tengan una libertad efectiva para contratar como deseen se debe al hecho de que sólo su presencia puede justificar apartarse del requerimiento de que las distribuciones de bene-

ficios y cargas en la sociedad sean equitativas. Cuando lo que se persigue es una distribución equitativa, como en sistemas de seguridad social, la voluntad de las partes interesadas puede no tomarse en cuenta. Los límites en que pueden permitirse distribuciones voluntarias pero posiblemente no equitativas e imponerse distribuciones equitativas pero posiblemente compulsivas, es tema de controversias ideológicas conocidas. Pero difícilmente alguien negaría que si ciertas distribuciones no equitativas deben admitirse, una de las bases más firmes para defenderlas sería su carácter consensual, y si se imponen determinadas distribuciones compulsivas, su contenido igualitario sería un buen argumento en su favor. Más aún, ni los defensores más acérrimos de uno y otro modelo de distribución rechazaría todo margen para la aplicación del sistema alternativo.

El consentimiento que, en los contratos, permite apartarse de los requerimientos de equidad en la distribución, no necesita, por supuesto, perdurar todo el tiempo en que el contrato esté en vigor, sino que una vez expresado bajo ciertas condiciones, está irrevocablemente dado.

La naturaleza del consentimiento requerido para la validez de los contratos es tema de permanente discusión entre los juristas. No necesito referirme a los detalles de tal discusión sino sólo traer a colación ciertos lineamientos básicos acerca de lo que generalmente se consideran condiciones mínimas de tal consentimiento (aunque en la práctica se admita cierto apartamiento de ellas por una variedad de razones pragmáticas).

Por supuesto, una de las cosas que se requiere es que el acto que implica entrar en la relación contractual (por ejemplo, la firma de cierto documento) sea voluntario, lo cual se excluye en el caso de ciertos vicios reconocidos, como el uso de la fuerza, y de algunas circunstancias

más controvertibles, como la situación de necesidad de alguna de las partes.

Pero esta "voluntariedad" del acto por el cual se contrata no es, obviamente, suficiente. El acto mismo debe ser consensual. Pendiendo un análisis de la noción de consentimiento que trataré de hacer en el último capítulo, voy a asumir que el consentimiento supone, además de la voluntariedad de la acción, conocimiento de las circunstancias en relación a las cuales se describe el acto. Así, una persona consiente, por ejemplo, en firmar un documento cuando lo firma voluntariamente (o sea, sin ser forzada, sin ser víctima de un reflejo nervioso, sin estar hipnotizada, etc.) y, además, sabe lo que hace²⁶.

Por supuesto, el hecho de que el acto por el cual se asume el contrato sea consensual no es todavía suficiente para la validez del contrato. La persona debe consentir las obligaciones que constituyen el contenido del contrato. Una especificación adicional de la noción de consentimiento que estoy empleando es que una persona consiente todas las consecuencias de un acto consensual que ella sabe que son efectos necesarios de él. El asumir ciertas obligaciones es una consecuencia necesaria de actos como los de

²⁶ Sin perjuicio del análisis que se encarará en el cap. V, conviene aclarar aquí que el concepto de consentimiento que estoy empleando no refleja fielmente el uso común de la palabra, sino que implica cierta reconstrucción de tal uso; por ejemplo, no se refiere a la conducta ajena sino a la propia, no se refiere a una conducta futura y no requiere un acto lingüístico específico. La falta de una expresión lingüística para denotar el tipo de actitud subjetiva que deseo describir y mi convencimiento de que lo que debe darse en el caso de los contratos para que haya lo que llamamos "consentimiento", es esa actitud subjetiva, me han inducido a usar la palabra con el significado estipulativo que aquí se expone. Con este significado, es impropio decir, por ejemplo, que una persona "prestó su consentimiento a realizar cierta acción", puesto que esto da la idea de que hubo una especie de *compromiso previo a la ejecución de la acción*. Habría que decir que la persona realizó la acción "consensualmente", así como uno dice que alguien ejecutó una acción "intencionalmente". En definitiva, "consentir" se emplea aquí como sinónimo aproximado de "ejecutar o generar libre y conscientemente (un acto o un estado de cosas)".

firmar un documento; por lo tanto, la persona que consiente en ejecutar uno de esos actos, sabiendo que tiene como necesaria consecuencia la asunción de determinadas obligaciones, consiente también en asumir esas obligaciones.

Obviamente, el consentimiento a asumir una obligación contractual es independiente de las actitudes que la persona pueda tener hacia los actos que son objeto de tal obligación. Un individuo puede consentir en asumir la obligación de ejecutar cierto acto a pesar de que le disgusta hacerlo o, incluso, de que tiene la intención de no realizarlo cuando llegue la ocasión²⁷; el consentimiento a asumir una obligación contractual puede estar todavía acompañado por la creencia de que la obligación nunca será ejecutada.

Pienso que casi todos estaríamos de acuerdo en que la circunstancia de que una obligación haya sido asumida consensualmente provee al menos una justificación *prima facie* para ejecutar tal obligación en contra de la persona que la ha consentido. Podríamos corroborar nuestras convicciones a este respecto, poniendo como ejemplo el caso de un contrato que puede tener efectos bastante graves, como el alistamiento voluntario en el ejército de un país en guerra. Si el soldado voluntario muere defendiendo el país, se podría ciertamente decir que él había cargado con una parte desproporcionada, en comparación con los beneficios recibidos, de los sacrificios colectivos para defender a la sociedad. Sin embargo, pocos considerarían que esto sea motivo de discusión moral (a diferencia del caso de la conscripción), por la simple razón de que el voluntario ha consentido en asumir la obligación de pelear por el país. Esto es así aunque el

²⁷ Al decir que un contratante consiente en hacer algo, esto es generalmente una forma abreviada de decir que el contratante ha consentido en asumir la obligación de hacer algo; así la afirmación es compatible con la intención de omitir el acto.

individuo hubiera calculado mal los riesgos involucrados o intentara desertar; estaríamos de acuerdo que es *prima facie* correcto hacerle cumplir con su obligación, compe-
liéndolo, por ejemplo, a permanecer en el campo de batalla.

Una idea similar, aunque no supone la asunción de obligaciones, subyace al principio del derecho civil, reconocido, con distinto alcance, por casi todos los sistemas jurídicos, de que el consentimiento a asumir un cierto riesgo por parte de la persona perjudicada puede excluir la responsabilidad del autor del hecho ilícito por el daño que surja de la materialización del riesgo. Esto supone una aplicación de la conocida máxima *volenti non fit iniuria*. Aquí, como en el caso de los contratos, es importante advertir que lo decisivo no es la previsibilidad de ciertas consecuencias *fácticas* sino el consentimiento de la persona respecto de ciertas consecuencias *normativas*. Como se ha dicho en un tratamiento muy lúcido del tema²⁸, un efecto del hecho de haber incurrido conscientemente en el riesgo puede ser el de servir como prueba de que la persona ha consentido tácitamente a asumir el riesgo. La palabra “asumir” tiene aquí connotaciones normativas. Lo que la persona hace en realidad es renunciar a ciertos derechos o acciones que surgirían de la materialización del riesgo. El conocimiento del riesgo puede ser una condición necesaria para presumir un consentimiento tácito, pero cuando el consentimiento es expreso ese conocimiento no se exige ni siquiera como un requisito probatorio²⁹. Lo que, como cuestión de principio, el individuo debe conocer o presumirse que conoce es que como resultado de un acto voluntario de su parte (que puede ser parte de un acuerdo bilateral, o una expresión unilateral de voluntad,

²⁸ Ver Honoré, A. M., *Causation and Remoteness of Damage*, en “International Encyclopaedia of Comparative Law”, Tübingen-París-Nueva York, vol. XI (Torts), cap. 7, p. 114.

²⁹ Honoré, ob. cit., p. 113.

o un acto no destinado a crear relaciones jurídicas —como aceptar que una persona ebria lo conduzca a uno en su auto—), se siguen ciertas consecuencias normativas: la renuncia a determinados derechos o acciones. El acto voluntario de la persona debe poder interpretarse de modo que implique consentir que se exonere a la otra parte de sus deberes jurídicos y responsabilidades³⁰.

La situación que se da en todos estos casos puede describirse del siguiente modo: Tenemos un acto voluntario que puede o no estar dirigido a modificar relaciones jurídicas. Tal acto puede acarrear ciertas consecuencias *fácticas*, como el riesgo de sufrir un mal que el voluntario que se enlista en un ejército o el jugador que hace una apuesta o la persona que acepta ser pasajero de un conductor ebrio, se echan sobre sí mismos. Como veremos más adelante, el hecho de que la persona sepa que una cierta consecuencia fáctica puede posiblemente resultar de su acto, no es, en sí mismo, una razón moralmente relevante para hacerlo cargar con desventajas ligadas a esa consecuencia. En particular, el consentir correr con el riesgo de cierto daño no implica necesariamente consentir sufrir tal daño. Pero ese acto puede tener también consecuencias *normativas* jurídicas. Es una cuestión de derecho positivo que decir en ciertas circunstancias y voluntariamente “me obligo a pintarle su casa”, genera la obligación de pintar la casa; que tomar algo de la estantería de un supermercado implica la obligación de pagar su precio; que aceptar viajar con un conductor ebrio, implica (según ciertas opiniones) la renuncia del derecho a obtener compensación en caso de accidente, etcétera. Cuando la consecuencia jurídica de un acto voluntario ha sido conocida por el agente, podemos decir que él la ha consentido. Y es este consentimiento el que se toma como

³⁰ Honoré, ob. cit., p. 113.

moralmente relevante para justificar la ejecución de la consecuencia jurídica de que se trate, contra la persona que la ha consentido. Otra forma de describir la situación consiste en decir que el consentimiento de ciertas consecuencias normativas jurídicas da lugar a consecuencias normativas de carácter moral. El individuo que, por ejemplo, consiente en asumir cierta obligación jurídica, está, en principio, moralmente obligado a ejecutar el acto que es objeto de la obligación jurídica ³¹.

Si volvemos ahora al caso de la pena, nos será fácil encontrar analogías con las situaciones recién mencionadas.

Algunos autores han sugerido que en algún sentido se puede sostener que el autor de un delito quiere ser penado. Esta idea ha sido expuesta en forma tan obscura, que la reacción instintiva contra ella, permanece en pie: es tan ridículo pensar que el delincuente desee, en general, ser penado, como lo es pensar que el voluntario quiera morir en la guerra o la persona que acepta ser pasajero de un ebrio quiera sufrir un accidente.

Pero la situación que se da en el caso de la pena puede describirse en forma que se salve la analogía con el caso del contrato o el caso en que la parte perjudicada ha asumido el riesgo de sufrir el daño. Como en estos casos, aquí también debemos atender, no a las consecuencias fácticas del acto, sino a sus consecuencias normativas. Podríamos decir que el autor de un delito echa sobre sí el riesgo de ser penado, pero esto provee tan escasa justificación para penarlo como el hecho de que el voluntario eche sobre sí el riesgo de morir en la guerra provee una justificación moral para que se lo pueda matar en combate.

Un delito tiene como consecuencia jurídica necesaria la pérdida de la inmunidad contra la pena de que la

³¹ Debo al doctor Joseph Raz la sugerencia de presentar este punto distinguiendo las diferentes consecuencias del acto: fácticas, normativas jurídicas y normativas morales.

persona ha gozado hasta entonces. Esta pérdida de inmunidad es evidentemente correlativa del poder de los funcionarios públicos de penar al autor del hecho. El individuo que comete un delito asume una sujeción jurídica a sufrir una pena y pierde las acciones, que de otro modo tendría, para obtener compensación o querellar criminalmente a los funcionarios por la privación de derechos que la pena supone.

Esto no es más que una descripción, en los términos más simples, de la situación normativa jurídica en que el individuo se encuentra después de cometer un delito. Esta descripción no envuelve por sí una justificación moral de la atribución de tales consecuencias jurídicas a ciertos actos. El hecho de que el autor de un delito pierda su inmunidad jurídica contra la pena no implica que pierda también su inmunidad moral, la cual deriva del principio de que es *prima facie* moralmente incorrecto sacrificar a un individuo en beneficio de otros. La afirmación de que el delito implica también la pérdida de esta inmunidad moral debe basarse en algo más que el mero hecho de que el derecho otorga a las autoridades poder para castigar a los delincuentes.

El individuo que ejecuta un acto voluntario —un delito— sabiendo que la pérdida de la inmunidad jurídica contra la pena es una consecuencia necesaria de su acto, consiente en esta consecuencia normativa, del mismo modo que un contratante consiente una consecuencia normativa que resulte del contrato y una persona que asume un riesgo consiente en perder la acción resarcitoria que de lo contrario tendría. El consentimiento a asumir la sujeción jurídica a sufrir una pena es, como en el caso de contratos y la asunción voluntaria de riesgos, irrevocable, e independiente de la actitud del agente respecto del hecho que es objeto de la caracterización normativa. El individuo puede creer que su punición efectiva es sumamente

improbable o puede intentar evadirla; esto es tan irrelevante para su consentimiento como la actitud del jugador que tiene la intención de hacer trampas lo es respecto de su consentimiento a asumir la obligación de pagar la apuesta si pierde.

El consentimiento que es aquí relevante es, por lo tanto, el consentimiento referente a las consecuencias normativas del acto, o sea, en el caso de la pena, el consentimiento a asumir una sujeción jurídica a ella. Este consentimiento está presente cuando la acción es voluntaria y el agente sabe que la consecuencia normativa se sigue *necesariamente* de tal acción. La mera creencia de que la sujeción a una pena (o, en general, cualquier consecuencia de un acto) es resultado *posible* o *probable* de la acción, no es suficiente de suyo para concluir que el agente ha consentido en asumir tal sujeción. Esta es una característica de la noción de consentimiento que es relevante para determinar cuándo una consecuencia cualquiera de un acto voluntario ha sido consentida o no por su autor. La creencia de que la consecuencia podría tal vez seguirse del acto puede justificar la afirmación de que el agente ha consentido correr el *riesgo* de generar tal consecuencia, pero esto no es suficiente para apoyar la conclusión de que el agente ha consentido en producirla. Este último consentimiento no puede inferirse sin más del primero (aunque, como veremos en el capítulo V, la inferencia es posible cuando se da alguna otra condición). El consentimiento a correr el riesgo de producir cierta consecuencia es compatible con una fuerte actitud en contra de su materialización y con la disposición de omitir el acto en el hipotético caso de saber que la consecuencia era cierta. El actuar bajo la creencia de que cierto estado de cosas es sólo un resultado probable de la acción es incluso compatible con la intención de emprender esa acción como medio para disminuir la probabilidad de que

se dé, precisamente, ese estado de cosas. Esto puede ejemplificarse con una operación arriesgada que, aun cuando se prevé la posibilidad de la muerte del paciente como resultado de ella, se emprende con la intención de mejorar su expectativa de vida; sería absurdo decir que el paciente que consiente la operación, consiente también en morir a causa de ella sólo porque es consciente del riesgo que ella implica (aunque decir que consiente en *correr el riesgo* de morir como resultado de la operación es perfectamente legítimo). Nosotros no consentimos todo lo que prevemos como consecuencias *posibles* de nuestras acciones. El consentimiento se diferencia de la intención en que no requiere que el estado de cosas consentido deba quererse como un fin o como medio para lograr el fin; pero el consentimiento no se agota con la mera previsibilidad del resultado; aunque esa previsibilidad se dé, el consentimiento puede quedar excluido por la disposición de omitir el acto en el hipotético caso de saber que la consecuencia es resultado necesario de él. Esto implica, en el caso de la pena, que la persona que, por ejemplo, comete sin saberlo un delito de responsabilidad objetiva, siendo consciente de que el derecho prevé esta clase de delitos, no consiente necesariamente en asumir una sujeción a la pena. La persona consiente, por cierto, en correr el riesgo de ser tenida como sujeta a pena, pero de este consentimiento nada se sigue acerca de su consentimiento respecto de la sujeción misma a la pena. Por supuesto, se podría pergeñar un argumento que defendiera la idea de que el consentimiento a asumir el riesgo de cierta consecuencia (en este caso, la sujeción a una pena) es moralmente relevante para la justificación de hacer sufrir al agente dicha consecuencia. Pero yo no puedo percibir un argumento efectivo en esa dirección que no tenga derivaciones obviamente concontraintuitivas³². En el capítulo V

³² De una multitud de contra-ejemplos que se pueden oponer a los

volveré sobre este tema, mostrando cómo ciertos casos (por ejemplo, la participación en juegos de azar) que podrían parecer que apoyan la idea mencionada, no se justifican, en realidad, sobre la base del consentimiento a correr cierto riesgo.

El hecho de que el consentimiento a asumir una sujeción a pena exija conocimiento de que ella es una consecuencia necesaria del delito, no implica que el autor deba poder describir tal consecuencia en una forma técnicamente precisa, sabiendo, por ejemplo, qué significa "inmunidad" o "sujeción" para los juristas. El individuo debe poder, en cambio, reconocer la situación jurídica que se sigue del delito a la luz de alguna descripción que pueda traducirse a la descripción técnica precedente.

Mi opinión es que en tanto y en cuanto se exija para la imposición de una pena el consentimiento del agente a perder la inmunidad contra ella, puede superarse la deficiencia de la justificación de la pena basada meramente en el principio utilitarista de la protección social³³. Cuando la protección de la comunidad requiere medidas punitivas efectivas que implican un daño menor que el mal que

argumentos que conducen a justificar la adscripción de una consecuencia a una persona sobre la base de su consentimiento en correr el riesgo de tal consecuencia, se pueden mencionar las leyes retroactivas. Estos argumentos pueden implicar una justificación de la punición prescripta por leyes penales retroactivas, ya que quien ejecuta el acto sabiendo que una futura ley retroactiva podría convertirlo en delito, consiente en correr el riesgo de que se lo considere responsable.

³³ Honderich, *ob. cit.*, p. 71-73 y 158-161, considera que el hecho de que quien recibe el castigo haya tenido la opción de conformarse a la ley o convertirse en sujeto de pena y haya elegido libremente la última alternativa, no puede fundar un argumento autónomo relevante para la justificación moral del castigo. Subraya que esta tesis, o bien está fundada en consideraciones de desigualdad económica o está relacionada con la equidad en la distribución de ventajas o desventajas sociales, teniendo en cuenta que la persona que no eligió una conducta punible normalmente sufre más desventajas al ser sometida a una pena que quien optó por ella. Sin embargo, Honderich no tiene en cuenta la posible tesis, defendida en el texto, de que el hecho de que alguien haya consentido en asumir una sujeción jurídica

se quiere evitar, el consentimiento de los destinatarios de ellas excluye una posible apelación a una distribución equitativa de tales cargas. Si la obligación a cuya violación se imputa una pena es una obligación justificada, las autoridades implicadas son legítimas y la pena es un medio necesario y efectivo para proteger a la comunidad contra males mayores, el hecho de que el individuo ha consentido libremente en hacerse sujeto de una pena (mediante la comisión de un acto voluntario, con conocimiento de que la pérdida de su inmunidad es un efecto necesario de él) provee una justificación *prima facie* para el ejercicio de la facultad correlativa de penarlo³⁴.

El principio de distribución presupuesto por esa justificación moral es el mismo que justifica la distribución de beneficios y gravámenes que surgen de contratos o la que se impone en el caso de responsabilidad civil por actos ilícitos cuando se carga a la parte perjudicada con las consecuencias de cierto riesgo que ella ha asumido. Ese principio de distribución que no es excluyente de otros, podría expresarse con la máxima "a cada uno según su consentimiento"³⁵.

a pena excluye la eventual injusticia de una distribución desigual de cargas impuestas por razones de defensa social.

³⁴ Esta justificación está también condicionada, como lo voy a sugerir en el cap. V, por una teoría general de los bienes individuales primarios. De tal teoría se podría inferir que ciertos bienes son inalienables (si la vida fuera uno de ellos, el consentimiento del agente no podría justificar la pena de muerte) y que ciertos otros bienes están al servicio de la utilidad social y sus titulares pueden ser privados de ellos, sin su consentimiento y sin compensación, toda vez que tal utilidad social lo requiera (si el patrimonio fuera uno de ellos se podría justificar la imposición de multas fundada en la mera responsabilidad objetiva).

³⁵ En una primitiva versión del ya citado artículo de A. M. Honoré, *Social Justice*, publicado en el "McGill Journal", vol. 8, nº 2 (1962), se insinúa que el principio de justicia de acuerdo con la elección puede vincularse con la justificación de la pena.

D. ALGUNAS DIFICULTADES DEL PRINCIPIO DE DISTRIBUCIÓN PROPUESTO

La variedad de situaciones en las que este principio se aplica permite contestar ciertas objeciones a su aplicación al caso de la pena. Se podría alegar que en el caso de contratos lo que las partes consienten es asumir ciertas obligaciones y conceder determinados derechos, mientras que todo lo que el autor del delito consiente es perder cierta inmunidad. Pero aparte de que no es fácil percibir por qué esta diferencia en la caracterización de las consecuencias normativas deba tener alguna relevancia, puede mencionarse el caso de varios contratos —como el de mandato—, algunas de cuyas consecuencias pueden describirse en términos de pérdida de ciertas inmunidades (en el sentido de Hohfeld). Podría decirse además que, a diferencia de los contratos, el consentimiento implicado en la comisión de un delito no es parte de un acuerdo bilateral sino que es solamente una manifestación unilateral de voluntad. Sin embargo, la respuesta obvia es que la mayoría de los sistemas jurídicos imputa efectos normativos a actos unilaterales que implican consentimiento y que la doctrina de la asunción del riesgo por el damnificado en derecho civil es a veces aplicable a actos unilaterales³⁶. Finalmente, podría aducirse que el hecho de que el consentimiento a perder la inmunidad contra una pena sea siempre tácito (el derecho no atribuye tal efecto normativo a una declaración explícita en ese sentido) marca una clara diferencia con el caso de los contratos, la mayoría de los cuales requieren un consentimiento expreso. Nuevamente la respuesta es que hay muchos contratos (en realidad la mayoría de los que concertamos en la vida

³⁶ Ver Honoré, *Causation and Remoteness of Damage*, cit., p. 117.

cotidiana, como el implicado cuando viajamos en ómnibus), en relación a los cuales es suficiente un consentimiento tácito, y que la doctrina de la asunción del riesgo por el damnificado expresamente contempla casos de consentimiento tácito³⁷. Por otro lado, se puede muy bien sostener que la diferencia entre consentimiento expreso y consentimiento tácito no tiene significación moral (aparte, por supuesto, de su relevancia en materia probatoria). Tal diferencia es básicamente que, en el consentimiento expreso la acción voluntaria a la que se imputan consecuencias normativas es un acto lingüístico específico —generalmente de carácter operativo— realizado con la intención de generar tales consecuencias como medio para conseguir algún fin ulterior, mientras que en el consentimiento tácito la acción es un acto voluntario de alguna otra índole, realizado con conocimiento de que ciertos efectos normativos se producirán necesariamente. En la medida en que la acción es voluntaria y se conocen sus efectos normativos, las propiedades distintivas mencionadas no parecen ser moralmente relevantes para justificar el reconocimiento jurídico de las obligaciones contractuales.

Sin embargo, no se puede negar que la pena presenta peculiaridades que no son compartidas por las otras instituciones que están bajo la égida del principio de distribución que toma en cuenta el consentimiento de los interesados. La pena es *amenazada*, no *ofrecida*, a los individuos que contemplan la posibilidad de cometer un delito. Y, a diferencia de lo que ocurre en los contratos, el curso de acción alternativo que tiene frente a sí la persona que quiere evitar la pena, implica una restricción jurídica que puede ser considerada por ella como un gravamen. ¿Se infiere de estos hechos que la elección del individuo que decide cometer un delito asumiendo una sujeción a

³⁷ Honoré, ob. cit., en nota anterior, p. 115.

pena no es completamente libre y, consiguientemente, que no puede consentir válidamente?

No puedo extenderme demasiado en la discusión de la relevancia del hecho de que la pena es objeto de una amenaza y no de una oferta. La distinción entre amenazas y ofertas y sus posibles consecuencias respecto de la caracterización de la coacción presenta aspectos tan complejos, que requeriría un tratamiento cuidadoso por separado. La discusión actual, inaugurada por un lúcido artículo de Robert Nozick³⁸, no nos ofrece mucha ayuda para esclarecer nuestro problema, ya que ella está, naturalmente, orientada hacia la elucidación del caso en que la persona amenazada decida hacer lo que se le ordena evitando el mal que se le anuncia. Del hecho de que, en ese caso, el individuo esté coaccionado, no se infiere, por supuesto, que también lo esté cuando decide desafiar la amenaza; por el contrario, uno diría que, en este caso, el individuo se resiste a ser coaccionado y que su resistencia, lejos de ser involuntaria, exige una gran fuerza de voluntad. Sin embargo, hay un aspecto de la distinción entre amenazas y ofertas que puede ser perturbadora para nuestra discusión presente. Nozick llama la atención hacia la relevancia que para esa distinción tiene el tomar en cuenta no solamente la elección que enfrenta la persona que es objeto de una amenaza o de una oferta, sino también la elección que esa persona haría respecto de pasar de una situación en que la amenaza o la oferta no han sido formuladas a la situación en que lo hayan sido. Según él, es decisivo para distinguir ambos casos en relación a la voluntariedad de la acción que en uno y otro se ejecuta, el hecho de que la persona amenazada no habría elegido nor-

³⁸ Nozick, R., *Coercion*, en Laslett, P. Runciman, W. G. y Skinner, O., ed., "Philosophy, Politics and Society". Entre varias réplicas a esa posición ver H. G. Frankfurt, *Coercion and Moral Responsibility*, en Honderich, J., ed., "Essays on Freedom of Action", Londres, 1973.

malmente pasar de la situación de pre-amenaza a la situación de amenaza, en tanto que la persona que recibe una oferta normalmente habría elegido pasar de la situación de pre-oferta a la situación de oferta³⁹. Este criterio parece excluir la voluntariedad de la asunción de responsabilidad penal por parte del autor de un delito, ya que él no habría elegido normalmente pasar de un estado en que la acción está jurídicamente permitida a un estado en que está prohibida y su comisión acarrea una pena. Sin embargo, lo mismo puede decirse en relación a los contratos, ya que la parte contratante habría preferido normalmente obtener la cosa o servicio que espera conseguir a través del contrato, sin tener que celebrar el contrato y sin tener que asumir las obligaciones correlativas, de las que en ausencia de las normas jurídicas pertinentes (como las que establecen el derecho de propiedad) estaría exento. Este punto podría arrojar dudas acerca de la validez del criterio de Nozick, ya que si diéramos otro paso hacia atrás y miráramos, no solamente a la situación de pre-oferta, sino también a la situación pre-jurídica, es decir a la situación anterior a la existencia de leyes que imponen la necesidad de aceptar una oferta para obtener algo que pertenece a otro, el individuo que quiere esa cosa no habría elegido normalmente pasar de la situación en que la podría obtener sin necesidad de aceptar los términos de dicha oferta a la situación en que tal aceptación se exige. Si el autor de un delito pudiera alegar que el derecho lo compele a asumir una responsabilidad penal si quiere obtener una ventaja prohibida, un contratante podría también alegar que el derecho lo compele a aceptar las condiciones de una oferta si quiere poseer algo sobre lo cual la otra parte tiene poder jurídico. En los contratos no admitimos ese alegato cuando las normas jurídicas pertinentes se con-

³⁹ Ob. cit., p. 127 y siguientes.

sideran justas; la justificación de cierta distribución sobre la base de la libre elección de los interesados presupone la justicia de la regulación jurídica en cuyo marco tales decisiones se han adoptado⁴⁰. Lo mismo se puede decir acerca de la responsabilidad penal: una distribución particular de medidas punitivas sólo puede justificarse sobre la base del consentimiento de sus destinatarios cuando las leyes que crean las figuras delictivas son justas (por ejemplo, no deben ser discriminatorias ni proscribir acciones que la gente está moralmente facultada a realizar), y cuando la penalidad imputada al delito implica un mal menor que el implicado en el delito y es un medio necesario y efectivo para prevenirlo. De modo que se advierta cuán lejos está el caso normal de una persona que enfrenta la opción entre obedecer la ley o asumir una responsabilidad penal respecto del caso central en que a alguien se lo coacciona, es conveniente examinar una posible situación en la que tal vez se diría que alguien fue compelido a asumir una sujeción a pena. Nozick menciona una elaboración acerca de los presupuestos de la coacción de acuerdo con la cual ella requiere, entre otras cosas, que la persona que coacciona a otra debe tener la intención de hacerle realizar la acción que se considera coaccionada y que lo que la primera persona hace para alcanzar ese objetivo debe ser parte de la razón que la segunda persona tiene para ejecutar dicha acción⁴¹. Estas condiciones podrían darse en

⁴⁰ El que la validez moral del consentimiento suponga la justicia del marco normativo en el que él se presta no implica que podamos prescindir de tal consentimiento y justificar la asignación de las respectivas cargas sobre la base exclusiva de las normas en cuestión. De cualquier modo, esta dependencia del consentimiento válido respecto de un marco normativo justo puede tener implicaciones en relación a teorías políticas basadas en un consentimiento que precede a la instauración del sistema jurídico.

⁴¹ Esta construcción de Nozick, formulada en ob. cit., p. 102, resulta de una combinación de algunas sugerencias de Hart y Honoré en *Causation in the Law*, Oxford, 1961, con otras de Hart en *The Concept of Law*, Oxford, 1959.

un posible caso de pena, pero esto exige imaginar una situación tan fantástica como la siguiente: Supongamos el caso de un legislador que desea castigar a un grupo de anarquistas y, sabiendo que ellos están decididos a defender sus principios desobedeciendo leyes penales de cierta índole, promulga una de esas leyes, logrando que los anarquistas asuman una responsabilidad penal (siendo así que la prohibición legal es parte de la razón que los anarquistas tienen para asumir tal responsabilidad). Tal vez los anarquistas del ejemplo se vean coaccionados a asumir una responsabilidad penal, pero la rareza misma del caso que satisface algunos de los presupuestos de la coacción arroja serias dudas sobre la validez de la misma conclusión cuando se trata de un caso normal de pena.

La circunstancia de que la acción opuesta a la que acarrea pena implica un cierto gravamen para el individuo que decide ejecutarla (ya que exige que se someta a una restricción de su libertad) merece ser considerada con algún detenimiento. La discusión de este punto mostrará incluso la necesidad de suplementar en cierta forma el principio de distribución que estamos exponiendo, de modo que se pueda enfrentar cierto tipo de casos. Para advertir la relevancia que tienen las consecuencias de la elección opuesta abierta al individuo para determinar si ha consentido libremente hacerse penalmente responsable, conviene comenzar por el análisis de un caso de pena bastante singular.

Supóngase que la ley declara punibles tanto una acción como su omisión. Nada de lo que se ha dicho cuando se caracterizó la noción de consentimiento parece excluir la conclusión de que, en un caso como éste, el individuo consiente en hacerse penalmente responsable cualquiera que sea su curso de acción. Sin embargo, el caso no es substancialmente diferente de aquellos en que a alguien se lo pena por algo que no pudo controlar (como

el color de su piel). Se podría proponer una calificación adicional de la clase de acciones que pueden ser consentidas por sus agentes. Si la voluntariedad de la acción se excluye cuando ésta es empíricamente necesaria, con más razón deberá excluirse cuando la acción sea lógicamente necesaria. La prescripción de una penalidad para una acción y la prescripción de la misma penalidad para su omisión son equivalentes a la prescripción de esa penalidad para la acción compleja que resulta de la disyunción entre la acción y la omisión de que tratamos; y esta acción compleja (por ejemplo la acción descrita como "matar o no matar") es lógicamente necesaria.

Pero, además de la calificación anterior, existe un principio substantivo que subyace a nuestro rechazo intuitivo del consentimiento del agente en un caso como el mencionado y que se aplica también a otros casos. De acuerdo con este principio, una responsabilidad, carga u obligación sólo puede justificarse sobre la base del consentimiento del agente cuando el curso de acción alternativo que se abre al individuo o bien no genera responsabilidades, cargas u obligaciones, o generándolas, se las puede justificar sin recurrir al hecho de que el individuo haya optado por ese curso de acción alternativo. La idea que fundamenta este principio es, obviamente, que la elección de una cierta acción no es libre si la acción alternativa implica renunciar a derechos reconocidos o asumir determinadas cargas, pero esto se exceptúa cuando las cargas imputadas a la acción alternativa son cargas que el individuo está moralmente obligado a asumir, las consienta o no, y no constituyen, por lo tanto, restricciones a derechos reconocidos. Este principio proscribe que se ponga a la gente en tal situación que, cualquier cosa que haga, su elección se tomará como base para privarla de ciertos derechos o imponerle responsabilidades y obligaciones. Esto excluye la justificación de penas por actos

opuestos, ya que la pena, de acuerdo con lo que aquí se defiende, no es algo que los individuos deban moralmente soportar sin su consentimiento.

La consecuencia general de este principio es que las obligaciones jurídicas satisfechas por quienes deciden evitar responsabilidades penales (y las cargas y obligaciones posteriores que pueden surgir de ese cumplimiento) no pueden justificarse teniendo en cuenta la decisión de no renunciar a la inmunidad contra la pena; si son justificables, deberán serlo por razones independientes de esa elección.

Esto es obvio en obligaciones como las que se infringen cuando se mata, se roba o se viola a una mujer. Pero puede ser menos obvio respecto de otras obligaciones y restricciones jurídicas. Tómese, por ejemplo, el caso de la conscripción antes mencionado. El individuo que decide no asumir la responsabilidad penal imputada a la evasión de la conscripción, opta por cumplir con el requerimiento del servicio militar, lo cual a su vez, implica asumir un complejo de deberes y cargas específicas (como la de usar uniforme militar). Podría uno sentirse tentado a justificar el cumplimiento de la conscripción y la asunción de los deberes y cargas subsecuentes sobre la base de la decisión del individuo; al fin y al cabo él no fue físicamente compelido a dicho cumplimiento. Pero el principio que estamos exponiendo excluye tal justificación, ya que la opción opuesta hubiera implicado ciertas penalidades (tanto por la desertión como por la violación de los deberes subsecuentes) y tales penalidades exigen que se las justifique en relación al consentimiento del agente. Si la conscripción y los deberes y cargas específicos que ella implica son justificables, deben serlo sobre bases distintas del consentimiento del agente. Esta justificación es, a su vez, necesaria para poder justificar las penas por la evasión de la conscripción y la violación de los deberes milita-

res, pero no es suficiente puesto que debe requerirse, además, que el agente haya consentido en sujetarse a tales penas. El principio que estoy proponiendo veda entonces que dos restricciones que son consecuencia de acciones opuestas se justifiquen *ambas* sobre la base del consentimiento; por razones de brevedad, se lo puede denominar "principio de la univalencia del consentimiento".

Este principio no excluye que la obligación que el individuo satisface cuando decide evitar la responsabilidad penal pueda ser justificada en relación a una elección *previa* del agente, diferente de aquella por la cual decide no someterse a la pena. Así ocurre, por ejemplo, en el caso del soldado voluntario también mencionado antes. Si el voluntario tiene que enfrentar una batalla inminente, la consiguiente restricción a su libertad de acción puede justificarse en virtud de su decisión previa de alistarse en el ejército; la opción alternativa no implicaba asumir ninguna obligación o carga. Pero la decisión de alistarse es una decisión diferente de, por ejemplo, la de participar en la batalla; esta última no puede por sí misma justificar las restricciones a su libertad, ya que la decisión opuesta (o sea, la de desertar) sería tomada en cuenta para justificar la pena correspondiente (que debe necesariamente justificarse sobre la base del consentimiento).

El caso del soldado voluntario sirve para aclarar un aspecto importante de la tesis general que defiende. Esta tesis no supone la hipótesis de un contrato social en ninguna de sus variedades propuestas por filósofos políticos. Ella no descansa en una aceptación explícita o implícita por parte de los súbditos de las leyes penales que establecen obligaciones y estipulan penas para su incumplimiento. Ella no afirma que todo caso de pena sea como la del soldado voluntario que deserta, violando, por consiguiente, obligaciones asumidas voluntariamente. Las razones por las cuales pueden justificarse las obligaciones

que el autor del delito viola, son irrelevantes para esta tesis: pueden ser tanto consensuales como independientes del consentimiento de quien está sujeto a ellas; en la mayoría de los casos, como en el de la conscripción o en el de la obligación de no matar, tales obligaciones son independientes de la elección del agente; en casos excepcionales, como en el del soldado voluntario, las obligaciones se basan en una elección previa e independiente de la decisión de cometer un delito. El foco de esta tesis se centra en esta última decisión. La justificación de la pena defendida en este trabajo descansa en el consentimiento a asumir una responsabilidad penal que va implícito en la comisión voluntaria de un delito sabiendo que la sujeción a una pena es una consecuencia necesaria de ella. Este consentimiento puede estar presente tanto en el conscripto que deserta como en el soldado voluntario que deserta, así como en el que mata a otro, siempre que haya una justificación independiente para las respectivas obligaciones. La comparación antes hecha entre un delito, en general (incluidos los cometidos por el conscripto y el soldado voluntario), y el caso del soldado voluntario, se centra en la decisión de este último de asumir las obligaciones originarias (no en la de asumir la pena por incumplimiento). Tal comparación constituye una aplicación de la comparación más genérica entre cualquier delito y cualquier contrato, que ilustra el hecho de que en ambos casos se aplica el principio de distribución de cargas sociales de acuerdo con la elección de los interesados.

Evidentemente, la sugerencia que aquí presento debe ponerse a prueba teniendo en cuenta consideraciones ulteriores que conducirían a un debate comprensivo del problema de determinar en qué medida el consentimiento de las personas afectadas puede justificar medidas y diseños institucionales que impliquen imponerles graváme-

nes no equitativos⁴². No puedo darme el lujo de explayar aquí este tema genérico, pero, de cualquier modo, me animo a decir que el debate sobre la justificación de la pena puede esclarecerse considerablemente si su perímetro es expandido de modo que abarque este tópico.

Si encaramos las cosas desde este punto de vista, tal vez nos resulte más fácil comprender el núcleo de verdad que encierra la afirmación literalmente absurda de que los delincuentes “quieren” ser penados. Esta afirmación se formula para apoyar la idea de que, cuando penamos a los que han cometido delitos, los tratamos como personas, respetando su autonomía moral, y no como cosas que pueden ser manipuladas⁴³. A mí me gustaría poner las cosas al revés: a menos que respetemos la autonomía moral de la gente, haciendo depender su responsabilidad penal de su libre y consciente aceptación de ella, toda carga impuesta a los autores de delitos, aunque se lo haga a título de “tratamiento”, será injusta si no va acompañada de beneficios compensatorios. Esos gravámenes constituirían exacciones gratuitas impuestas en beneficio exclusivo de otros y vendrían a ser merecedoras de la condenación que formula Kant contra prácticas que tratan a los hombres exclusivamente como medios y no como fines en sí mismos⁴⁴.

Pero, a diferencia de Kant, yo prefiero interpretar tal condenación como aplicable a estos casos: *a*) cuando el daño causado a un individuo al que se aplica una medida de protección social no se computa al hacer el balance de los beneficios y perjuicios que la medida produce;

⁴² Ver algunas interesantes observaciones acerca de hasta qué punto el consentimiento hipotético puede o no justificar ciertas distribuciones o medidas, en Dworkin, R., *The Original Position*, en Daniels, N., ed. “Reading Rawls”, Oxford, 1975.

⁴³ Ver el estudio de Glover sobre manipulación, en ob. cit., p. 155.

⁴⁴ Kant, I., *Philosophy of Law*, tr. W. Hastie, Edimburgo, 1887, p. 195-198.

b) cuando tal daño se computa, pero se lo contrapesa sólo con los beneficios para *otros* miembros de la sociedad, sin resarcir al propio afectado o sin verificar si él se ha sujetado consciente y voluntariamente a la medida que involucra tal daño.

Esta concepción implica, ciertamente, varios prerequisites para imponer una pena a alguien. Primero, que la persona penada haya sido capaz de evitar el acto al que se imputa responsabilidad penal. Esto excluye los raros casos de punición de personas inocentes que podrían admitirse si sólo se tuvieran en cuenta meras consideraciones de protección social. Segundo, la persona penada debe haber consentido en ejecutar el acto que acarrea responsabilidad penal. Tercero, ella debe saber que la asunción de tal responsabilidad es una consecuencia necesaria del acto que ha consentido en ejecutar. Esto implica evidentemente exigir conocimiento del derecho y proscribir la posibilidad de leyes penales retroactivas o su interpretación analógica. De este modo el principio *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* deriva del principio que estoy discutiendo⁴⁵.

Estos son los requerimientos mínimos para asegurar que el individuo ha consentido en asumir una responsabilidad penal. Por brevedad, voy a llamar a esta actitud básica que debe requerirse para la imposición de una pena, "asunción de la pena", y a calificar la acción ejecutada con esta actitud de "asuntiva de pena". Consiguientemente, el principio que exige como condición de la pena que el agente haya consentido en asumir una responsa-

⁴⁵ En relación al derecho argentino, podría alegarse que la recepción por parte del art. 18 de la Constitución Nacional del principio de legalidad supone el reconocimiento implícito del principio más amplio que lo presupone. Esto confirmaría la tesis de N. E. Spolansky sobre el *status* constitucional de la exigencia de conocimiento (a su juicio sólo potencial) del derecho (ver *Derecho Penal y Constitución Nacional*, LL, t. 156, p. 1406).

bilidad penal, se denominará “principio de asunción de la pena”. Más adelante haré más explícitas las consecuencias de este principio.

Esta no es, claro está, la primera vez que la justificación de la pena ha sido conectada con el requerimiento de actitudes subjetivas. Sin embargo, me gustaría diferenciar esta propuesta de algunas otras. En primer lugar, lo que ella requiere es más que una cierta actitud subjetiva respecto del acto delictivo cometido: requiere una actitud subjetiva respecto de la pena misma; es, precisamente, el requerimiento de esta última actitud lo que justifica que se exijan ciertas actitudes referentes al acto ejecutado. En segundo término, este requerimiento de actitudes subjetivas *no* se funda en un cálculo utilitarista. En tercer lugar, aunque mi posición no se apoya en consideraciones utilitaristas, estoy muy lejos de coincidir con concepciones retribucionistas corrientes que exigen actitudes subjetivas sobre la base de que la pena debe ser una reacción contra un acto inmoral y, consiguientemente, debe presuponer un estado mental moralmente reprochable (en el próximo capítulo discutiremos algunas de estas concepciones).

El punto de vista aquí presentado tiene un parentesco cercano con el de Hart, pero considero que difiere del de él en ciertos aspectos importantes.

Las razones principales que ofrece Hart ⁴⁶, para exigir actitudes subjetivas pueden resumirse así: *a*) es injusto frustrar las expectativas y planes de la gente, sorprendiéndolos con medidas para ellos imprevisibles ⁴⁷; *b*) es beneficioso, por otra parte, incrementar las oportunidades de la gente para elegir y controlar su propio futuro ⁴⁸;

⁴⁶ Ver los ensayos de Hart incluidos en *Punishment and Responsibility*, citado.

⁴⁷ Ver, por ejemplo, ob. cit., p. 23 y 47.

⁴⁸ Ver ob. cit., p. 46.

c) todos los sistemas morales conocidos exigen actitudes subjetivas para reprochar al autor de un acto inmoral y, si se suele sostener (lo que es discutible) que el derecho debe reflejar cierta moralidad social, con mucha más razón el derecho debería reflejar esa característica esencial de toda moralidad⁴⁹.

Este último argumento es, en la forma en que se lo presenta, bastante débil y sólo incidentalmente fue mencionado por Hart. Que todo sistema moral exija una cierta actitud subjetiva del agente para poderle reprochar sus actos, no es razón concluyente para hacer lo mismo en el derecho, ya que ello puede responder a cierta característica intrínseca del reproche moral⁵⁰ que tal vez no tenga por qué ser compartida por la pena. Esta opinión parece sólo poder fundamentarse, ya en la idea de que la pena debe suponer reproche moral, la que será discutida en el capítulo próximo, ya en la tesis conceptual de que es un aspecto esencial de la pena el que la comunidad la tome como símbolo de reprobabilidad moral.

⁴⁹ Ver ob. cit., p. 83.

⁵⁰ Naturalmente, la cuestión de cuál es la característica de los juicios morales de reproche que explica su aparente conexión intrínseca con las actitudes subjetivas, es objeto de grandes controversias. La descripción de Feinberg de esos juicios como anotación de datos relevantes acerca del carácter de la gente en "registros" informales que llevamos para múltiples usos (reproche franco, castigo, ostracismo, etc.), provee una atractiva explicación. Registrar así hechos fortuitos en los que una persona está involucrada, sin las actitudes subjetivas relevantes, sería disfuncional en relación a la mayoría de los propósitos para los que dichos "registros" pueden ser utilizados; ver *Action and Responsibility*, en "Doing and Deserving", cit., p. 119. Obviamente, la idea que subyace aquí, como en muchos otros análisis, es que los juicios morales de reproche son en definitiva juicios acerca de personas, no solamente acerca de sus acciones y, que, para ese fin, las personas se identifican con algunas actitudes subjetivas. En este sentido, pero en un contexto algo diferente, sostiene Glover que censurar a las personas, más que a sus acciones, involucra considerar sus intenciones. . . "Y cuando nuestro propósito es censurar, vemos la naturaleza real de una persona examinando sus intenciones. . . El reproche, como sabemos, implica identificar a la persona objeto del reproche con sus intenciones, y tratar otros factores que influyen en su conducta como externos" (ob. cit., p. 66).

Pienso que, como veremos más adelante, el argumento tiene alguna relevancia en relación al último punto, pero no estoy en modo alguno seguro de que Hart pretendiera relacionar su argumento con el carácter simbólico de la pena.

Los primeros dos argumentos son los realmente importantes; ellos están interrelacionados. Contienen una apelación a ideas de justicia, pero no excluyen consideraciones utilitarias acerca de las consecuencias perniciosas que tiene para los individuos el afectar su poder de elección y su capacidad de prever su propio futuro.

Estos argumentos son, ciertamente, atractivos, pero, aun así, uno siente que parte de su fuerza se pierde por la forma en que se los presenta. El dar a los hombres oportunidades para predeterminar su vida futura es, por supuesto, valioso, pero como se ha señalado⁵¹, hay muchas circunstancias en las que aceptamos interferencias con planes de vida que no pueden ser previstas por los propios afectados por ellas. Basta mencionar como ejemplo de esto las cuarentenas y otros confinamientos compulsivos, el llamamiento al ejército en tiempo de guerra, nuevos impuestos y otras restricciones jurídicas que pueden obligarnos a modificar nuestros proyectos más importantes. Del mismo modo, ampliar nuestra libertad de elección es aún más valioso, pero no necesitamos más que mirar a nuestra realidad social, triste para algunos y satisfactoria para otros, para advertir que la libertad de elección de los individuos es objeto de restricciones cada día mayores con el objetivo de asegurar que una mínima libertad de elección efectiva sea distribuida más parejamente. En realidad, la misma defensa de estas restricciones podría extenderse para prestar apoyo a un sistema de responsabilidad objetiva sobre la base de que,

⁵¹ Ver Glover, *ob. cit.*, p. 162, n° 2.

como el delito coarta la libertad de elección de sus víctimas (a veces, para siempre), restringir la posibilidad de cierta gente de eludir el castigo podría permitir a más gente determinar libremente su futuro sin la interferencia constituida por el hecho de ser objeto de un delito.

De lo que carece esta línea de justificación es, a mi juicio, de una explicación más profunda de por qué nuestra idea de justicia nos hace condicionar la pena a la presencia de ciertas actitudes subjetivas.

Hart se acerca, por cierto, a una explicación satisfactoria cuando relaciona los elementos subjetivos de la responsabilidad penal con los exigidos para la validez de los contratos y otros actos jurídicos⁵². Hay naturalmente una coincidencia llamativa entre ambos requerimientos. Pero, mientras Hart explica la necesidad de actitudes subjetivas en las dos áreas a la luz del ideal de maximizar la libertad de elección y la posibilidad de predeterminar el propio futuro, yo alego que debe explicársela a la luz del principio de que, cuando media una libre elección, las distribuciones de beneficios y cargas que no responden a otros criterios de justicia (como ideales igualitarios), pueden, no obstante, aceptarse como justas. Más aún, esta perspectiva permite eludir conclusiones que podrían constituir una homologación innecesaria de ciertas posiciones en materia de política económica. Si la justificación del requerimiento de actitudes subjetivas para la responsabilidad penal se basa en el ideal de expandir la posibilidad de elección de la gente, la analogía con el caso de los contratos es tan marcada que justifica expandir, sobre la base del mismo ideal, el alcance de los intercambios contractuales a expensas de otros modos de distribución de bienes. La

⁵² Ver en particular su artículo *Legal Responsibility and Excuses*, en *ob. cit.*, p. 28.

justificación defendida permite, en cambio, distinguir entre ambas situaciones, de tal modo que en el derecho patrimonial, la libertad de elección podría restringirse en favor de otros medios de distribución equitativos, aun cuando fueran compulsivos; mientras que en el derecho penal esa libertad de elección no puede ser restringida, ya que la pena, a diferencia de otras cargas, no puede distribuirse equitativamente o compensarse adecuadamente sin afectar las funciones que su justificación presupone.

Hay otro punto que debilita la fuerza del argumento de Hart. Evidentemente este autor requiere alguna previsibilidad de la pena misma y no sólo de las circunstancias relevantes del delito. Sin embargo, no es suficientemente claro acerca de este punto cuando define la clase específica de actitudes subjetivas que deben exigirse; en realidad, sólo ocasionalmente alude al conocimiento del derecho⁵³, que es, en mi elaboración, un ingrediente básico de la actitud de consentimiento de la pena (y un firme fundamento para inferir los estados mentales que deben exigirse en relación a las circunstancias del delito). Más aún, el tratamiento que Hart propone para la negligencia⁵⁴, aunque no implica una aceptación pura y simple de ella, no consigue explicar cómo la admisión de delitos negligentes puede combinarse con la exigencia de predecibilidad y libertad de elección. Admito que mi propia justificación requiere una elaboración especial acer-

⁵³ Su única observación sobre el tema, en los artículos incluidos en *Punishment and Responsibility*, se encuentra en un breve pasaje de la página 81 y la nota pertinente. Sostiene allí Hart que hacer depender el castigo de la oportunidad del acusado para ajustar su conducta a la ley sirve de base para criticar la frecuente negación del efecto excusante de la ignorancia del derecho. Esto es indudablemente correcto, pero es curioso que Hart no se explaye más sobre el conocimiento del derecho y no realice una defensa más enérgica del principio que exige ese conocimiento y constituye la base para admitir otras excusas, como el error de hecho.

⁵⁴ Ver este análisis en el artículo *Negligence, Mens Rea and Criminal Responsibility*, en ob. cit., p. 136.

ca de la negligencia y probablemente un rechazo parcial de ella como base para la responsabilidad penal; esto lo estudiaremos en el último capítulo.

En conclusión, mi sugerencia es que la pena, en cuanto medida coactiva generalmente gravosa que implica una privación de derechos, puede justificarse, en principio, cuando es un medio necesario y efectivo de protección social y se la distribuye de acuerdo con el consentimiento previo de sus destinatarios. Es decir, esta justificación de la pena implica la combinación del principio de protección prudencial de la sociedad con el principio de "asunción de la pena".

Pero, como ya lo he puntualizado, la pena puede distinguirse de otras privaciones de derechos dispuestas por el orden jurídico sobre la base de que la comunidad la considera símbolo de la reprobabilidad moral de los que la sufren. En consecuencia, debemos estudiar si esta característica adicional introduce o no alguna complicación en la justificación de la pena.

E. EL ASPECTO ESTIGMATIZADOR DE LA PENA Y EL PROGRAMA ABOLICIONISTA

La relación entre la pena y la desaprobación moral ofrece muchas y complejas facetas. Me propongo concentrarme aquí en las posibles consecuencias que sobre la justificación de la pena tienen sus connotaciones estigmatizadoras, dejando para el capítulo siguiente la consideración del punto de vista corriente de que la pena *debe* presuponer reprobabilidad moral.

La opinión de que la posible justificación de la pena se ve comprometida por su carácter estigmatizador es

fuertemente sugerida⁵⁵; aunque no formulada con suficiente claridad, por los pensadores que propugnan el reemplazo de la pena por ciertos métodos de rehabilitación⁵⁶.

Como hemos visto, los mencionados pensadores no rechazan completamente la aplicación de medidas compulsivas y gravosas e incluso les asignan algunas de las funciones que se supone que son propias de la pena. Así, parecería que lo que estos autores rechazan de la práctica de imponer penas fuera, sobre todo, el simbolismo de reprobabilidad que la sociedad les atribuye. Esta posición emerge nítidamente de muchas de las afirmaciones que

⁵⁵ Una indicación de que el estigma inherente a la pena es lo que hace a ésta objetable, se encuentra en Wootton, *ob. cit.*, p. 83. Ross, *ob. cit.*, p. 69, comparte esta interpretación acerca de lo que, en última instancia, busca abolir el movimiento reformista al abolir la pena.

⁵⁶ No me voy a referir aquí a la aplicación de las llamadas "medidas de seguridad", que se imponen paralelamente a una pena o que se imponen a los no imputables, sino a las medidas propuestas para reemplazar la pena aun en el caso de imputables; la justificación de aquellas otras medidas plantea problemas particulares que merecerían un tratamiento específico. En relación a las medidas de seguridad impuestas a imputables paralelamente a la pena, podría alegarse que están ellas cubiertas por el principio de asunción de la pena (debidamente ampliado), puesto que el individuo actúa voluntariamente sabiendo que ellas son consecuencia necesaria de su acción (y, por lo tanto, las consiente). Sin embargo, la posible indeterminación de tales medidas podría afectar a su carácter consensual, ya que restringe el alcance del conocimiento relevante. Por otra parte, pueden aparecer complicaciones en la justificación de tales medidas en tanto en cuanto se propongan ellas influir en la personalidad del agente, imponiéndole ciertas valoraciones y planes de vida; podría objetarse que esto estaría en oposición al principio liberal antiperfeccionista que veremos en el capítulo siguiente. Las medidas de seguridad impuestas a no imputables, no están, evidentemente, comprendidas por el principio de asunción de la pena, ya que no hay consentimiento respecto de ellas. Si son justificables, deben serlo en la misma forma que lo son las cuarentenas y otras medidas coactivas no punitivas. En principio, parecería que fuera aplicable la exigencia de una compensación adecuada si es que nos negamos a que se sacrifique, por ejemplo, a los enfermos mentales en beneficio del resto de la sociedad, violando el principio kantiano (a menos que pueda alegarse, lo que parece poco plausible, que tal principio sólo es aplicable a personas mentalmente normales). Estos problemas se reproducen, por cierto, en las medidas que voy a considerar en el texto, o sea las de rehabilitación y seguridad propuestas para sustituir a la pena en todos los casos; pero aquí encararé principalmente el problema de distinguir tales medidas de las penas.

estos autores hacen, aunque rara vez aparezca explícitamente formulada.

El mero vocabulario empleado —“tratamiento” en vez de “pena”, “hospital” en lugar de “cárcel”, “conducta desviada” en vez de “delito”— aparece como un paso adelante hacia la remoción del estigma que la pena acarrea. Por supuesto, además de estos recursos lingüísticos, se proponen otras medidas —como la eliminación del proceso judicial— que cumplirían el mismo objetivo (además de su supuesta justificación sobre otras bases).

Es importante advertir por qué se piensa, explícita o implícitamente, que estos cambios contribuirían a remover el estigma implícito en la condena de autores de delitos. Como he señalado, la erección de la pena como símbolo de reprobabilidad se basa en su distintividad como medida especial, o como procedimiento especial para ejecutar ciertas medidas aplicables a una clase de individuos, muchos de los cuales son repudiados por la comunidad por sus acciones reprobables; con el resultado de que tal repudio se extiende fácilmente hasta abarcar a todos a quienes se aplican tales medidas.

De este modo, el programa abolicionista es muy claro: tan pronto como removamos la distintividad de las medidas aplicadas a los delincuentes, respecto de las medidas que se aplican a otros que no sean objeto de reproche (como el tratamiento a los enfermos), el estigma que las primeras acarrearán tenderá a desaparecer.

Pero es obvio que este programa es bastante ingenuo. Presumiblemente la comunidad no cesaría en modo alguno de reprochar y mostrar resentimiento contra cualquiera de quien se supiera que ha cometido un acto que, independientemente de su *status* jurídico, se considera inmoral. Pero el problema no es ése; el problema es hasta qué punto tales actitudes seguirían estando tan estrechamente asociadas a las medidas impuestas que se las ge-

neralizaría y extendería a cualquier persona a quien se aplicaran tales medidas. La respuesta es llanamente afirmativa: las medidas que se aplicaran a los delincuentes no perderían su distintividad (aunque podría ella atenuarse) por su mero cambio de nombre o por su diferente propósito⁵⁷. Los autores de delitos tendrían, de cualquier modo, que ser tratados por personal diferente y en lugares diferentes que los enfermos ordinarios. Y, lo que es mucho más importante, el tratamiento de los delincuentes no sólo implicaría una terapia distintiva, sino también se distinguiría por la posibilidad de ser compulsivamente impuesto a quienes prefirieran no ser tratados, además de admitirse que el tratamiento adecuado para algunos delincuentes debe consistir en la imposición de medidas gravosas. De este modo, hay razones fuertes para suponer que frente a un sistema de esta índole la comunidad no tardaría en detectar las medidas que característicamente se aplicarían a los delincuentes y en reasumir sus viejos símbolos de reprobabilidad.

Pero el probable fracaso del programa de librar el tratamiento de delincuentes del estigma de la pena no es el mayor problema en el proyecto reformista. Hay una consecuencia ulterior que puede hacer el sistema propuesto peor que un adecuado sistema punitivo ordinario.

Autores como Barbara Wootton⁵⁸, se inclinan por dejar de lado el requerimiento de actitudes subjetivas, salvo en lo que respecta a la selección del tratamiento apropiado, teniendo en cuenta los objetivos diferentes y la neutralidad moral del nuevo sistema.

¿Qué clase de tratamiento se impondría a quien hubiese cometido un delito sin intención ni negligencia? Obviamente, no un tratamiento destinado a rehabilitar o

⁵⁷ Ver Glover, ob. cit., p. 171 y Ross, ob. cit., p. 90.

⁵⁸ Ob. cit., p. 32 y siguientes.

disuadir para el futuro a tales individuos, ya que no habría modelos de conducta que ellos deberían aprender (de otro modo, se supondría que habían sido, por lo menos, negligentes). El "tratamiento" debería estar dirigido a disuadir a terceros que podrían cometer los mismos actos pero con intención o negligencia y, por consiguiente, tendría necesariamente que suponer cargas o privaciones que pudieran considerarse gravosas.

Esto tiene, al menos, dos consecuencias perniciosas. La primera es simplemente el abandono de la exigencia de consentimiento, precisamente en casos en que la posibilidad de que el individuo reciba alguna compensación por su sacrificio está excluida de antemano. Mientras en el caso de personas que han cometido delitos intencional o negligentemente, podría al menos alegarse que recibirían el supuesto beneficio de ser rehabilitados, en este caso ese beneficio está descartado y, para colmo, la medida impuesta debe ser necesariamente gravosa (para lograr una prevención general).

La segunda consecuencia de este rechazo de actitudes subjetivas tiene un carácter diferente y nos muestra otra razón, no considerada aún, para exigir tales actitudes. Puesto que las medidas propuestas por los abolicionistas, especialmente cuando implican compulsión y tienen carácter gravoso, conservarían su distintividad como símbolos de reprobabilidad social, el efecto de extenderlas a personas que han actuado sin intención o negligencia sería convertir a tales personas en destinatarias de actitudes de condena por parte de la comunidad que ellas no sufrirían si tales medidas no les fueran impuestas y la única guía que la comunidad tuviera para juzgarlas fuera su conducta real. En otras palabras, mientras la gente difícilmente reprocharía a alguien el haber cometido una acción anti-jurídica sin intención o negligencia, reaccionaría de este modo contra él si la única información que tuviera fuera

que se le ha impuesto una especie de medida que es típicamente aplicada a quienes merecen su mala reputación. Este argumento podría ser considerado inválido, porque se podría alegar que la misma generalización de los delitos de responsabilidad objetiva ayudaría a remover el estigma que tales medidas acarrearán. Sin embargo, este optimismo es nuevamente infundado. La mayoría de los delincuentes "tratados" consistirá siempre en gente que ha procedido de tal modo que provoca fuertes reacciones morales en su contra; la forma en que la conducta de alguien sería puesta en conocimiento de las autoridades dependería, como ahora, principalmente de que alguien se hubiera sentido moralmente agraviado por ella. Además, es sencillamente absurdo suponer que, en un sistema como el que propone Barbara Wootton, por cada hecho intencional que requiriera tratamiento habría un hecho cometido inadvertidamente que también necesitaría ser tratado: nadie pensaría que una persona que nos pisa el pie inadvertidamente necesita tratamiento, no obstante haber buenas razones para pensarlo respecto de la gente que lo hace intencionalmente. Así, los "hospitales" para delincuentes o desviados estarían siempre poblados por una mayoría que provoque reacciones morales adversas, con el resultado de que a la minoría que no satisficiera las condiciones para tal reproche le alcanzaría el estigma de las medidas que se imponen a todos.

Promover la desaprobación y el resentimiento social contra personas que bajo ningún sistema moral lo merecen, es evidentemente malo (en el reconocimiento de este hecho descansa la posible fuerza del argumento de Hart en favor de reflejar en el derecho las condiciones para el reproche moral presupuestas por cualquier moralidad)⁵⁹. Ello implicaría una manipulación de los destinatarios de

⁵⁹ Ver Ross, ob. cit., p. 91.

tales reacciones, ya que ellos no podrían responder con las reacciones paralelas de arrepentimiento, contrición, etcétera. Pero también implicaría una manipulación del resto de la comunidad en la medida en que sus miembros fueran impulsados a reaccionar en forma diferente de como lo harían si no estuvieran emocionalmente motivados por la asociación entre las medidas aplicadas y la reprobabilidad moral de sus destinatarios. Más aún, se introduciría un elemento de irracionalidad en las relaciones interpersonales, ya que algunas de ellas se basarían en creencias falsas y, por lo tanto, la gente se encontraría en un estado de confusión acerca de los parámetros para juzgar moralmente a otros.

Sin embargo, los abolicionistas podrían defenderse contra estas acusaciones, ya que podrían decir que estos males se deben sobre todo a la "ignorancia de las masas" y a su pertinaz confusión entre la administración racional de medidas jurídicas y juicios morales. Podrían proponer un extenso programa para reeducar a la comunidad sobre los nuevos objetivos del derecho penal y la neutralidad moral de sus operaciones. La factibilidad de este programa es dudosa, por las razones expuestas, pero, de cualquier manera, si la ejecución de las propuestas abolicionistas se hiciera depender de este cambio en las actitudes sociales, quedarían exentas de esta objeción, aunque no de la basada en la injusticia de hacer daño a gente que no tuvo oportunidad de elegir un curso de acción que lo evitara. Pero aquellos que abogan por mantener unos pocos delitos de responsabilidad objetiva dentro del marco de un sistema penal tradicional, no pueden valerse de la defensa mencionada. Tal sistema de compromiso, además de la injusticia que implica por las razones dadas, maximiza la estigmatización de inocentes por la comunidad, ya que el requerimiento genérico de actitudes subjetivas provee a la sociedad de razones para tomar las opera-

ciones del derecho penal como una guía confiable de sus juicios morales. Más aún, cuando el requerimiento de actitudes subjetivas es justificado por jueces y juristas en virtud de la necesidad de penar la malefacción moral, el perjuicio infligido a los autores de los pocos delitos de responsabilidad objetiva es más grave todavía. Este es el resultado de un sistema que trata de conciliar consideraciones retribucionistas con objetivos de protección social, y aquí un compromiso es aún peor que la adopción coherente de alguna de las concepciones extremas.

No pienso, sin embargo, que estas consideraciones constituyan por sí solas una razón suficientemente fuerte para exigir actitudes subjetivas, sobre todo cuando la alternativa es un sistema en el que se pretende seriamente evitar la valoración moral de la gente que está sujeta a él. Pero ellas tienen, no obstante, algún peso y es afortunado que un sistema que, por razones totalmente independientes, incorpora el principio de asunción de la pena, esté libre de las consecuencias perniciosas mencionadas, ya que él tiene cierta "transparencia" en relación a los juicios y actitudes morales de la gente: mientras puede seguirse intentando la remoción de los aspectos estigmatizadores de la pena, el posible fracaso de tal intento no tendría al menos un efecto "refractivo" sobre los juicios morales de la comunidad, ya que las condiciones subjetivas de la responsabilidad penal coincidirían, en general, con las condiciones subjetivas del reproche moral.

Pero hay una postura bien conocida que no considera que esta conexión entre pena y reproche moral sea algo indeseable aunque tal vez inevitable, sino que, por el contrario, subraya que la reprobabilidad moral del individuo debe ser una condición necesaria de la pena. Esta es la actitud característica de las concepciones retribucionistas de la pena. En el próximo capítulo haré explícitas algunas de las presuposiciones y consecuencias para una teoría

penal de esta asociación entre pena y culpabilidad moral. Pero quisiera decir algo acerca del retribucionismo antes de cerrar este capítulo.

F. ALGUNAS ACOTACIONES SOBRE EL RETRIBUCIONISMO

Un retribucionista podría aceptar la línea de justificación de la pena aquí sugerida, pero agregando que existe otra completamente independiente, la cual, como se aplica, no sólo a los casos abarcados por la primera, sino también a situaciones en que la protección social no es una razón operativa, hace irrelevante cualquier justificación fundada en consideraciones de protección social.

Como es obvio, el calificativo "retribucionista" se aplica a muchas ideas diferentes (alguien podría decir que mi propia posición es retribucionista, ya que no es puramente utilitarista). Algunas de las opiniones que se autocalifican de retribucionistas resaltan supuestas consecuencias valiosas que tiene la pena, distintas de las de prevención general y especial y de la incapacitación física; otras, las tradicionales, se apoyan en los méritos intrínsecos de ella. Relacionada hasta cierto punto con la primera variante, se encuentra la interesante teoría de John Finnis⁶⁰.

Este autor alega que el delito implica que el agente se gratifica ejerciendo autopreferencias que los ciudadanos sumisos a la ley se niegan a sí mismos, y que la pena restablece una distribución equitativa de ventajas y privaciones al coartar la voluntad y frustrar los deseos de quien ha delinquido. Finnis afirma que el valor de la

⁶⁰ Ver Finnis, J., *Punishment and Pedagogy*, en "Oxford Review", 1967, 5, p. 83 y *The Restoration of Retribution*, en "Analysis", 1972, vol. 32, nº 4, p. 131. Un enfoque algo análogo que toma en cuenta el objetivo de igualar (y no meramente restaurar la anterior distribución de satisfacciones y desventajas, incluyendo las satisfacciones que el delincuente obtiene de su acción), es adoptado por Honderich, ob. cit., p. 169.

pena debe equilibrarse con el de otros bienes sociales y que, por lo tanto, puede haber casos en los que penar al autor de un delito sea inconveniente y hasta injusto. Pero, en principio, afirma él, es injusto dejar de penar al autor de un delito y la razón de ello explica también por qué es injusto penar a un inocente, aun cuando no lo es someterlo a otra clase de restricciones jurídicas.

No puedo explayarme adecuadamente aquí acerca de este argumento, pero deseo, no obstante, expresar unas pocas dudas sobre él.

Me resulta difícil percibir qué ventajas obtiene de su acto el delincuente, aparte de las que le brinda el objeto mismo de él (por ejemplo, la cosa robada), a menos que se trate de una gratificación psicológica derivada de haber hecho lo que se ha querido. Si esto es así, no parece que en todo delito el agente alcance esa especie de satisfacción: en muchos casos, aunque el agente no haya sido compelido a delinquir o su acto no sea el resultado de una debilidad de voluntad, tal gratificación queda excluida por sentimientos desagradables de miedo, disgusto, arrepentimiento, etcétera. Por otro lado, los ciudadanos obedientes en muchos casos no se sienten constreñidos por la ley sino que se consideran perfectamente libres y contentos de seguir lo que consideran un curso de acción justo y gratificante. En los casos en que se da lo que dice Finnis, pareciera que hubiera efectivamente alguna razón para sostener que tales sentimientos son indeseables y que deben ser eliminados. Pero antes de aceptar esta razón hay que demostrar que es competencia del derecho eliminar sentimientos de autogratisfación y, sobre todo, que la supresión de ellos haría menos pesada la frustración de los ciudadanos obedientes. De cualquier manera, esta teoría, al menos cuando se interpretan las ventajas y desventajas a las que se refiere en la forma indicada, parece seguir pautas utilitaristas, y sólo difiere de ciertas versiones tra-

dicionales en que señala supuestas consecuencias beneficiosas de la pena que no son las de prevención e incapacitación.

Pero mi duda principal es acerca de cómo esta justificación de la pena fundamenta la injusticia de penar a inocentes. Lo que la tesis afirma es que es bueno erradicar por medio de la pena la autogratificación que el autor de un delito ha obtenido. Sin embargo, de esto no se sigue que no sea también bueno imponer penas en persecución de otros objetivos, como podría ser la minimización de daños sociales (como, de hecho, se logra con otras medidas, como las cuarentenas). No se ha ofrecido ningún argumento en demostración de la tesis de que la pena debe solamente estar destinada a suprimir la satisfacción de preferencias que los demás ciudadanos se niegan a sí mismos, ni se ha dado tampoco un criterio para distinguir la pena de otras medidas coactivas que no estarían así limitadas. La única forma en que este nexo entre la pena y la eliminación de autogratificaciones podría establecerse sería levantando una "barrera definicional", de modo que se negara el rótulo de "pena" a toda medida coactiva que no cumpliera esa función, haciendo así posible que tuviera otra justificación diferente a la de la pena. Pero esta maniobra lingüística no resolvería el problema substancial acerca de la legitimidad moral de imponer medidas gravosas a inocentes para disminuir daños sociales.

Otras ideas retribucionistas, indudablemente las teorías clásicas, no niegan, en general, que consideraciones de protección social puedan proveer una justificación mínima de la pena, pero se concentran en señalar que, más allá de ellas, existe una justificación dominante para penar actos ilegítimos que muestra a la pena como intrínsecamente valiosa, cualesquiera que sean sus consecuencias.

Estoy de acuerdo con Glover⁶¹, en que éste es uno de los raros casos en que hay un choque entre puntos de vista morales tan básicos que ningún argumento racional parece posible. Confieso no tener la intuición moral necesaria para percibir en qué reside el valor intrínseco de una situación en que un mal se equilibra con otro. Se ha dicho muchas veces que retribución no significa "venganza". No me gustaría apoyarme en la aureola emotiva de esta última palabra; al fin y al cabo habría que demostrar por qué la venganza es mala, ya que mucha gente intenta justificar actos de venganza. Pero no es del todo claro cómo alguien puede rechazar *a priori* la venganza y aceptar al mismo tiempo la pena retributiva, ya que las diferencias que habitualmente se señalan entre una y otra⁶² parecen ser relativamente contingentes y están generalmente conectadas con meras (y, según este punto de vista, secundarias) consideraciones utilitarias (como, por ejemplo, el carácter desorganizado de la venganza individual).

Hay una dificultad básica para interpretar este retribucionismo tradicional que descansa en el valor intrínseco de penar ciertas clases de actos: no es muy claro si lo que es valioso es la punición de actos moralmente malos o la de actos jurídicamente prohibidos independientemente de su *status* moral.

La segunda variante fue defendida entre otros por Mabbott⁶³, quien alegó que la primera tiene el defecto, entre otros, de permitir leyes retroactivas. Mabbott fue a su vez acusado, *inter alia* por Mundle⁶⁴, de proveer una justificación para cualquier ley positiva.

El principal inconveniente de la segunda versión es,

⁶¹ Ob. cit., p. 145.

⁶² Ver, por ejemplo, Armstrong, ob. cit., p. 155 y W. Kneale, *The Responsibility of Criminals*, en Acton, ed., "The Philosophy of Punishment", cit., p. 181.

⁶³ Mabbott, *Punishment*, en Acton, ob. cit., p. 39.

⁶⁴ Mundle, *Punishment and Desert*, en Acton, ob. cit., p. 65.

en mi opinión, que para poder superar la objeción recién mencionada debe ser reformulada, como Mabbott lo ha propuesto más tarde⁶⁵, requiriendo que el sistema jurídico en cuestión debe ser uno hacia el cual existe la obligación moral de obedecer. Pero, una vez que esto se hace, se enreda la justificación de las penalidades dispuestas por el sistema jurídico con la justificación del sistema jurídico mismo y de la obligación de obedecerlo, de tal modo que o bien a esta última justificación se la hace depender parcialmente de la primera (la que a su vez no podrá depender de la última), o si no, la justificación de las penalidades que el derecho dispone se fundamenta en la justificación del propio derecho (lo cual es muy diferente de justificar la pena sobre la base de su valor intrínseco). Así, se nos presenta la alternativa de justificar parcialmente el sistema jurídico sobre la base de que castiga actos moralmente incorrectos, y que el castigo de actos moralmente incorrectos es algo bueno en sí mismo, que hace valioso al sistema que lo dispone, o de justificar ciertas penas por la sola razón de que, cualquiera que sea su valor intrínseco, han sido establecidas por un sistema jurídico justo cuyas determinaciones tenemos que aceptar. En el último caso (que es obviamente la posición de Mabbott) no se ofrece una justificación específica de la institución de la pena en general, y menos todavía una justificación retribucionista. La situación tendría cierta semejanza con la siguiente: Supóngase que aceptemos, por un lado, que el hecho de que una necesidad social sea satisfecha es algo bueno en sí mismo, y reconocemos, por el otro, que toda medida prevista por un orden jurídico que es, en general, justo es legítima. Cuando el derecho dispone medidas para satisfacer necesidades reales de la gente, esas medi-

⁶⁵ Ver Mabbott, *Professor Flew on Punishment*, en Acton, H. B., ed., "The Philosophy of Punishment", cit., p. 123 .

das gozan de una justificación doble (una basada en el principio de que es bueno satisfacer necesidades y la otra derivada de la legitimidad general del orden jurídico); pero cuando el derecho provee medidas para satisfacer lo que no son, en realidad, necesidades de la comunidad, la justificación de tales medidas puede basarse sólo en el valor del sistema jurídico del cual forman parte. El principio de que es bueno satisfacer necesidades se aplica únicamente a necesidades reales. Del mismo modo, el principio de que es bueno en sí mismo combinar un delito con una pena, sólo constituye un principio autónomo (distinguido de la justificación general del de un derecho que satisface ciertas condiciones), cuando se refiere a delitos "reales", es decir a actos moralmente malos. Este principio justificaría la pena independientemente del valor del sistema jurídico que la dispone; y la satisfacción de este principio es uno de los elementos que habría que tener en cuenta para juzgar dicho valor.

En consecuencia, pienso que la asociación entre inmoralidad y responsabilidad penal es una característica esencial y distintiva de la concepción retribucionista. Parte del capítulo próximo estará dedicada a estudiar los presupuestos y consecuencias de esta concepción de la responsabilidad penal.

CAPÍTULO IV

EL PERJUICIO COMO CONDICIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL

“La libertad consiste en hacer todo lo que no daña a los demás... La ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad...”

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (arts. 4º y 5º).

La discusión desarrollada en el capítulo anterior estuvo encaminada a defender dos principios que integran la base normativa de la teoría para la adjudicación de responsabilidad penal cuyos lineamientos vengo exponiendo: el principio de que la pena debe ser un medio racional de proteger a la sociedad contra males mayores, y el principio de “asunción de la pena” (o sea, el principio de que el destinatario de la pena debe haber consentido la responsabilidad penal emergente de su acto). En el presente capítulo trataré de ampliar la base normativa de esta teoría mediante la propuesta de dos nuevos principios.

El primero de ellos, que será discutido en el párrafo que sigue (A), es el conocido principio liberal de que la ley sólo debe estar destinada a prevenir conductas que causen algún perjuicio a terceros.

Aunque éste es un principio con el que todos estamos familiarizados, no siempre resulta clara su vinculación

con ciertas ideas fundamentales del pensamiento liberal acerca de la relación entre derecho y moral, ni cuáles son sus consecuencias para problemas específicos de responsabilidad penal. Una vez que la comprensión de aquella vinculación nos hace ver las consecuencias del principio, advertimos que muchas de las soluciones generalmente admitidas para cuestiones de responsabilidad penal responden a presupuestos sobre la relación entre derecho y moral que son incompatibles con la concepción liberal que expresa el mencionado principio, sin que tal concepción permita inferir pautas alternativas para resolver aquellas cuestiones. La búsqueda de esas pautas alternativas para resolver, desde un punto de vista liberal, problemas cruciales de responsabilidad penal, nos induce a proponer un nuevo principio que requiere una justificación independiente; esto será el objeto del segundo párrafo (B) del presente capítulo. Este último principio, que denominaremos —recurriendo a un neologismo— principio de “enantiotividad”, exige que la conducta punible sea una de las que la ley trató de prevenir. La combinación entre este principio y el principio liberal genera la exigencia de que la conducta punible en un caso particular debe producir el daño que la ley estaba destinada a evitar.

A. EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LA MORAL

a) *La concepción liberal*

El tema de la relación entre derecho y moral tiene muchas y complejas variantes. Una de ellas, que constituye el punto central de la controversia entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, se refiere al problema de si para identificar y describir un sistema jurídico es necesario asumir una posición acerca de la justicia o adecuación axiológica de sus regulaciones. Otra variante concier-

ne a la pregunta de si un sistema jurídico vigente identificado en forma valorativamente neutra tiene, por el solo hecho de su vigencia y cualquiera que sea el contenido de sus normas, alguna justificación moral, al menos *prima facie*, que determine la existencia de un deber moral de los funcionarios y el público de aplicarlo y obedecerlo. Otro aspecto del tema de la relación entre derecho y moral es el de la posibilidad de distinguir conceptualmente el derecho positivo de la moral positiva y una norma jurídica de una pauta moral. También se plantea el problema, de índole sociológica, de determinar las influencias recíprocas entre el contenido de un orden jurídico y las ideas y pautas de carácter moral. Otra cuestión se refiere al papel de las consideraciones morales en las decisiones judiciales, y, más específicamente a si es legítimo que los jueces recurran a reglas morales cuando el derecho es indeterminado respecto de la solución de un caso. Una pregunta mucho más genérica que las anteriores (que es la que subyace bajo todas las consideraciones que hacemos en este trabajo) concierne a la justificación de instituciones, prácticas o soluciones jurídicas de acuerdo con ideales y valoraciones morales cuya validez se asume.

Pero el objeto del presente parágrafo es un tema mucho más específico, y distinto de los anteriores: se trata de determinar si la mera inmoralidad de un acto es o no razón suficiente para justificar que el derecho interfiera con su realización, ya proveyendo medidas para impedir efectivamente su comisión, autorizando actos que lo precluyan, imponiendo sanciones u otros remedios o cargas destinados a desalentar su ejecución, etcétera.

Es bien conocido el alegato de John Stuart Mill¹ en contra de que el derecho interfiera con actos sobre la mera base de su inmoralidad, exigiendo, en cambio, para justi-

¹ Mill, J. S., *On Liberty*, publicado en "Three Essays", Oxford, 1975.

ficar tal interferencia que vaya dirigida a proteger a la sociedad, lo cual implica que el acto en cuestión debe irrogar algún daño a los intereses de terceros. Mill decía que el hecho mismo de gozar de los beneficios de la vida en sociedad impone la obligación de no lesionar los intereses de otros miembros de ella, y que la sociedad está facultada, por ejemplo mediante el empleo de penas, para hacer que se cumpla esa obligación. Pero sostenía también que la sociedad no tiene derecho a interferir con los individuos cuando su conducta no perjudica a terceros; en estos casos debe haber completa libertad de acción. Afirmaba Mill que esto no implica indiferencia acerca de las virtudes que sólo inciden en el propio bienestar, sino que supone la idea de que tales virtudes deben ser enseñadas a través de la persuasión y no por medio de la coacción. Uno de sus argumentos en favor de esta posición es el valor de la experimentación y el ensayo en materia de formas de vida. Otro se refiere al hecho de que cada individuo es el mejor juez de sus propios intereses. También aludía Mill al carácter aberrante de las disposiciones morales que conducen a interferir con actos que no afectan a terceros; ellas generalmente suponen actitudes de crueldad, resentimiento, egoísmo, irascibilidad, petulancia, etcétera. Asimismo, argumentaba que el individuo que actúa inmoralmente sin perjudicar a los demás sólo se daña a sí mismo, por lo cual debe ser objeto de piedad y no víctima de un daño adicional constituido por el castigo. También señalaba el peligro de que la intervención de terceros (o sea, de la sociedad) en asuntos que no los afectan probablemente conduzca a imponer formas de conducta equivocadas, puesto que la opinión de la mayoría en materia de lo que es o no moralmente correcto o incorrecto muchas veces es producto de prejuicios, de ideas obscurantistas, etcétera. El pensamiento de Mill quedó bien sintetizado en su célebre frase: "El objeto de este en-

sayo es defender un principio muy simple destinado a regir absolutamente en las relaciones entre la sociedad y el individuo, que implica compulsión y control, ya se emplee la coacción física o la coacción moral de la opinión pública. Ese principio es que la única razón por la cual la comunidad está autorizada, individual o colectivamente, a interferir con la libertad de acción de cualquiera de sus miembros, es la protección de sí misma. Que el único propósito por el cual el poder puede ser legítimamente ejercido contra cualquier individuo de la sociedad civilizada en contra de su voluntad, es el de prevenir el daño a terceros. El propio bien del individuo, sea físico o moral, no constituye fundamento suficiente. Al individuo no se lo puede legítimamente obligar a actuar o a dejar de actuar porque ello sería mejor para él, o porque lo haría más feliz o porque en la opinión de los demás, hacer tal cosa sería prudente o, incluso, correcto. . .”²

Esta posición de Mill fue criticada por distintos pensadores. Su principal oponente contemporáneo fue el jurista J. F. Stephen (algunos de cuyos fallos como juez he citado en el capítulo II) a través de su libro *Liberty, Equality, Fraternity*³.

Stephen sostenía que los usos inadecuados de la compulsión de la sociedad contra los individuos no pueden determinarse solamente verificando si la conducta del individuo fue o no perjudicial para otros. Afirmaba que, en su opinión, la pregunta acerca de si la libertad es algo bueno o malo es tan poco razonable como la pregunta de si el fuego es bueno o malo; ambos son buenos o malos según el lugar, el momento y las circunstancias. Decía Stephen que si el objetivo de la coacción es bueno y el bien que se alcanza supera a los inconvenientes de la com-

² *On Liberty*, cap. I.

³ Stephen, J. F., *Liberty, Equality, Fraternity*, Londres, 1873.

pulsión misma, es incomprensible que, de acuerdo con los principios utilitaristas, la coacción pueda ser mala. Opinaba que la prevención de las formas más groseras del proceder vicioso es un objetivo tan legítimo como la prevención del daño a terceros. Esto es aplicable, según él, tanto a la regulación de la libertad de pensamiento y de palabra como a la regulación de la moralidad, tanto en el caso de que esa regulación sea encarada por la opinión pública como si lo hace el derecho positivo.

Esta polémica se reeditó en Inglaterra a mediados del presente siglo, a causa del informe de 1957 de la Comisión Wolfenden que abogaba por la abolición del delito de incurrir en relaciones homosexuales consensuales entre adultos (lo que no se logró hasta 1967) apelando a la concepción expresada por Mill. Nuevamente los protagonistas principales de la controversia fueron un juez, Lord Devlin, y un filósofo, H. L. A. Hart.

Lord Devlin sostuvo⁴ que el informe Wolfenden asume presupuestos filosóficos controvertibles acerca de la función del derecho penal. Uno de esos presupuestos es la completa independencia entre pecado (entendido en sentido amplio) y delito. Lord Devlin opinó que esa separación no se compadece con una buena parte de las leyes penales vigentes en Inglaterra. Por ejemplo, el consentimiento de la víctima no es suficiente defensa en casi ningún delito, lo cual está en contradicción con la idea de que las leyes penales tienden sólo a proteger intereses de terceros. Lo mismo ocurre con delitos como la eutanasia, el duelo, el aborto, el incesto, etc., que sólo tienen sentido en tanto y en cuanto se tomen en cuenta ciertas pautas morales ya que su incriminación no persigue la protección de terceros. Pero Lord Devlin hizo notar que esto sólo podría indicar que el derecho inglés debe ser reformado;

⁴ Devlin, P., *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, 1959.

por lo tanto, hay que aducir argumentos positivos en favor del reconocimiento jurídico de la moral social. Su argumento principal es que la moralidad de una sociedad constituye un aspecto esencial de su estructura y determina su identidad como tal; en consecuencia, la sociedad está facultada para defenderse, evitando su destrucción o modificación profunda, mediante la interferencia con actos que violen sus pautas morales básicas (cualesquiera que ellas sean), poniendo en peligro la estabilidad de la estructura social. Lord Devlin dijo: "Pienso, por tanto, que no es posible establecer límites teóricos al poder del Estado para legislar en contra de la inmoralidad. No es posible fijar por adelantado excepciones a la regla general o definir inflexiblemente áreas de la moralidad en que el derecho no pueda, en ninguna circunstancia, entrometerse. La sociedad está facultada a protegerse a sí misma por medio de sus leyes en contra de peligros internos o externos. Pienso que aquí también el paralelo político es legítimo. La ley que reprime la traición está dirigida contra los enemigos del rey y contra la sedición 'desde dentro'. La justificación de ésta es que un gobierno constituido es necesario para la existencia de la sociedad y, por lo tanto, debe asegurarse su estabilidad en contra de cualquier derrocamiento violento. Pero también el bienestar de la sociedad depende tanto de una moralidad estable, como de un buen gobierno. Las sociedades se desintegran desde dentro más frecuentemente que por presiones externas. Hay desintegración cuando no se observa una moralidad común, y la historia muestra que el relajamiento de los vínculos morales es frecuentemente el primer paso hacia la desintegración; de modo que la sociedad está justificada para adoptar medidas para preservar su código moral, así como lo hace para preservar su gobierno y sus instituciones esenciales"⁵.

⁵ En la reedición de su artículo bajo el título *Morals and the Criminal*

Esta posición de Lord Devlin provocó una avalancha de réplicas en los países de habla inglesa. El principal oponente fue el profesor Hart a través de una serie de ensayos⁶. Este autor comienza por atacar los ejemplos dados tanto por Stephen como por Lord Devlin como ilustración de que muchas leyes penales inglesas tienen por objeto reprimir actos inmorales, con independencia de que causen o no perjuicio. Hart distingue entre leyes paternalistas, destinadas a evitar el daño físico o psicológico que alguien se inflige a sí mismo, y leyes dirigidas a reprimir la mera inmoralidad, sosteniendo que muchos de los casos mencionados son de la primera especie; también distingue entre la represión de la indecencia pública, que tiene por objeto evitar la ofensa a los sentimientos de terceros, de la represión de la inmoralidad privada; por otro lado, pone de manifiesto cómo los intereses de terceros pueden estar afectados en algunos de los ejemplos referidos (como en el delito de bigamia). Hart diferencia la tesis extrema de Stephen, quien consideraba que la protección de la moralidad social vigente es algo bueno en sí mismo, de la tesis más moderada de Lord Devlin, para quien la preservación de la moralidad positiva tiene el valor instrumental de contribuir al mantenimiento de la estructura social. En relación a la primera tesis, observa Hart, entre otras cosas, que no se ve suficientemente claro cuál es el valor de obtener conformidad con las pautas morales vigentes, no a

Law, publicado en Wasserstrom, R. A., ed., "Morality and the Law", California, 1971, p. 36.

⁶ Ver principalmente *Law, Liberty and Morality*, Oxford, 1967 y *The Morality of the Criminal Law*, Jerusalén, 1964. Otras contribuciones a la polémica moderna incluyen las de Mitchell, B., *Law, Morality and Religion in a Secular Society*, Oxford, 1967; Rostow, D., *The Enforcement of Morals*, en "Cambridge Law Journal" (1960), p. 174; Louch, A. R., *Sins and Crimes*, en "Philosophy", vol. 43, p. 163, 1968; Hughes, G., *Morals and the Criminal Law*, en Summers, ed. "Essays in Legal Philosophy", Oxford, 1970; Dworkin, R., *Lord Devlin and the Enforcement of Morals*, en "Yale Law Journal", vol. 75, p. 986.

través del convencimiento sincero, sino a través del miedo a la represión; esa conformidad está más bien asociada con el mantenimiento de tabúes que con la moralidad. Por otra parte, la concepción de la pena como una especie de denuncia pública de la inmoralidad resulta bastante extraña: para las denuncias bastan, en general, las palabras, sin que sea necesario el sufrimiento implícito en la pena. Asimismo, esta tesis supone que hay algún consenso más o menos general acerca de la inmoralidad de ciertos actos, lo cual en las sociedades pluralistas modernas constituye más bien un mito. Por último, Hart sostiene que este punto de vista asume la tesis, difícilmente justificable, de que la moralidad existente, cualesquiera que sean sus pautas, es necesariamente válida y merecedora de que se la conserve. La tesis más moderada de Lord Devlin también es atacada por Hart: es posible que uno defina "sociedad" de tal modo que se exija la vigencia en su seno de una cierta moralidad; pero no se sigue de ello una identificación entre una determinada sociedad y cierta moralidad en particular; las pautas morales pueden cambiar sin que la sociedad se destruya; Lord Devlin no muestra ninguna prueba empírica de que modificaciones en los hábitos morales hayan conducido a la desintegración de alguna sociedad. Finalmente, Hart aduce que estos puntos de vista confunden la democracia como forma de gobierno con un "populismo moral", según el cual la mayoría de la población tendría derecho a estatuir cómo los demás deben vivir.

Si se pudiera, mediante el simple expediente de tomar partido en esta polémica iluminar la concepción general de índole liberal en que se pretende fundamentar la teoría que propongo, podría prescindir de una discusión extensa sobre este tema. Sin embargo, a pesar de la importancia del debate, él ha dejado a un lado algunos aspectos que

son sumamente relevantes para la elaboración de una teoría penal.

Hart, al comienzo de su ensayo *Law, Liberty, and Morality*⁷, hace dos importantes distinciones que revelan la posibilidad de expandir la polémica más allá de los confines fijados por sus protagonistas. La primera distinción apunta al hecho de que la controversia versa acerca de la justificación moral de la exigencia de que el derecho debe reflejar pautas morales. Hart pone en claro que el punto de vista desde el cual se desarrolla la polémica es el punto de vista de una moralidad *crítica*, o sea de los principios morales que uno sostiene como válidos independientemente de que sean aceptados socialmente o no. La segunda distinción es que la polémica moderna trata, no el problema de qué moralidad debe ser reconocida por el derecho (ése era, según Hart, el objeto de los antiguos debates), sino si el hecho de que una cierta pauta moral haya ganado adhesión en determinada sociedad tiene o no relevancia para justificar su reconocimiento jurídico. En suma, el tema controvertido es si nuestra moral *crítica* apoya o no la exigencia de que el derecho debe reconocer la moralidad *positiva*, cualquiera que sea su contenido.

Hart expone argumentos agudos en contra de las dos variantes que sostienen dicha exigencia. Sin embargo, él deja a un lado, como lo anticipa en las distancias preliminares, la consideración de una postura menos vulnerable, que podría rechazar el positivismo moral de Stephen y Lord Devlin, sin perjuicio de lo cual estaría de acuerdo con ellos en que el derecho no debe limitarse a prohibir conductas que causan daño a terceros. La importancia de tener en cuenta esta posición, esté o no pasada de moda, radica no sólo en su posible atractivo intrínseco, sino también en que ella puede hacer dudar

⁷ Ob. cit., p. 17, 22 y siguientes.

de la inteligibilidad y consistencia de algunas de las formulaciones del criterio opuesto, que sostiene que sólo pueden ser penados actos que sean dañosos a terceros.

Considérese esta serie de argumentos hipotéticos⁸:

1) Hay que reconocer que la mera existencia de un consenso moral no es en sí misma una buena razón para su reconocimiento jurídico. Así, el alegato de que el derecho debe dar efectividad a la "moral" tiene que interpretarse con referencia a una "moralidad crítica válida" y no a la moralidad positiva, o sea a la moralidad que, contingentemente, una sociedad adopta.

2) Así interpretado, este alegato es analítico. Sostiene que para que un sistema jurídico sea justificable de acuerdo con cualquier moralidad crítica, tiene que hacer efectivos los principios de tal moralidad. Así, pues, es absurdo mantener que el derecho no deba reconocer, o deba ser neutro respecto de las pautas morales. Nadie negaría deliberadamente la tautología implícita en la posición anterior. Por supuesto que los utilitaristas (como Mill) no hacen tal cosa; ellos aceptan tácitamente que el derecho debe reconocer el contenido de lo que ellos consideran una moral válida. Afirman que un acto es inmoral cuando perjudica a otros y que el hecho de que sea dañoso (o sea, inmoral) es una razón relevante, aunque no necesariamente concluyente, para hacer de él un delito.

3) Si hay desacuerdo entre un utilitarista y otra persona acerca de la prohibición legal de ciertos actos, como el incesto o la homosexualidad, ¿qué es este desacuerdo sino un choque entre diferentes sistemas morales? Es una discusión, no acerca de si el derecho debe o no reconocer un sistema moral, sino acerca de qué sistema moral debe ser legalmente reconocido. Lo que no es posible, es ad-

⁸ Para la formulación de estos argumentos he tomado en cuenta algunos aspectos de la posición de Louch, ob. cit. en nota 6.

mitir simultáneamente que esos actos, como el incesto y la homosexualidad, son inmorales y negar que su inmoralidad sea relevante para la cuestión acerca de si se los deba o no constituir en delitos. Por consiguiente, la afirmación de que sólo los actos dañosos deben ser penados, únicamente puede ser consistentemente mantenida por un defensor de una moralidad utilitarista.

4) Tal vez la cuestión está oscurecida por la índole de los ejemplos que por lo común se ofrecen. Es posible que la gente que, a pesar de no ser utilitarista, objeta la punición de actos sexuales no ortodoxos, piense, en el fondo, que esos actos no contravienen una moralidad crítica válida; probablemente piensa, en cambio, que tales actos sólo constituyen desviaciones de costumbres sociales o manifestaciones de una condición patológica. Sea esto así o no, la cuestión podría tal vez esclarecerse si se mencionaran otros casos cuya inmoralidad fuera aceptada por los que mantienen aquella posición. Considérese, por ejemplo, la posibilidad de que hubiera actos racistas inocuos. Un utilitarista consecuente seguramente se mantendría firme en sus principios y sostendría que esos actos no son inmorales y, por consiguiente, no se los debe prohibir en derecho; pero mucha gente resistiría esa apreciación de que los actos racistas no perjudiciales no son inmorales; si así fuera, deberían estar dispuestos a aceptar que el derecho debe, en principio, prohibirlos.

Si esta línea de argumentación fuera correcta, haría ininteligibles algunas de las formulaciones de un punto de vista liberal muy difundido acerca del contenido posible de las leyes penales. Porque este punto de vista no está necesariamente ligado a una moral utilitarista y, sin embargo, proclama el valor de excluir los actos socialmente inocuos del ámbito de la interferencia jurídica. Es cierto que muchos liberales no consideran que todo lo que la

sociedad reprueba es inmoral, pero seguramente tales liberales no utilitaristas sostendrían que, por ejemplo, acciones motivadas por ideas racistas lo son, fueren o no dañosas. No obstante lo cual, muchos de ellos no sólo aceptan sino que defienden con vigor la postura de que tales actos inmorales pero inocuos no deben ser legalmente prohibidos; ellos defienden el derecho a ejecutar acciones que consideran moralmente censurables cuando no afecten a terceros. ¿Cómo puede esta posición, no sólo justificarse, sino hasta formularse en forma coherente e inteligible? Aparte del hecho de que la justificabilidad moral de un sistema jurídico parece exigir de él que refleje los principios de la moralidad crítica adoptada, está además el problema de que la justificación de normas que prohíben actos dañosos parece conducir en definitiva a la tesis de que causar daño es inmoral, lo cual es, por hipótesis, también el caso de algunos actos que no son dañosos.

El primer paso hacia el esclarecimiento de lo que puede considerarse la concepción paradigmáticamente liberal acerca de la relación entre derecho y moral, es advertir que al menos una de las proposiciones contenidas en la argumentación anterior es infundada. Es la afirmación de que es lógicamente verdadero que la justificación moral de un sistema jurídico requiere que él haga efectivas pautas morales válidas. Esto no es así. Un sistema jurídico es objetable desde el punto de vista de una moralidad crítica si viola alguno de sus principios, pero no si no establece sanciones por la violación de tales principios, salvo que la moral en cuestión incluya un principio en virtud del cual sus otros principios deberán hacerse efectivos empleando tales sanciones o remedios. Evidentemente, las leyes y las penas que ellas autorizan, por un lado, y los actos a los que tales penas están imputadas, por el otro, constituyen ítems diferentes que pueden ser evaluados independientemente por un sistema moral; de la inmoralidad

de un acto no se infiere, sin más, la moralidad o la necesidad moral de la pena por su ejecución, salvo que hubiera un principio moral que estableciera esa relación. Por lo tanto, el choque entre diferentes sistemas morales acerca de este punto no es necesariamente el resultado de divergencias sobre qué actos son inmorales, sino que puede deberse a diferencias sobre los principios que determinan la relación entre inmoralidad y delito.

Por consiguiente, mantener que ciertos actos son inmorales pero que el derecho no está moralmente justificado para interferir con ellos, es una posición lógicamente coherente. Pero, por supuesto, el hecho de que una posición sea lógicamente intachable dice muy poco acerca de su aceptabilidad, y la aceptabilidad de esta postura dista mucho de ser obvia. ¿Por qué se sostiene que la inmoralidad de un acto no es una razón *prima facie* para convertirlo en delito? ¿Acaso no es valioso, en principio, prevenir la realización de actos reconocidamente inmorales? ¿No es un hecho que cuando los liberales son presionados a justificar por qué los actos dañosos deben ser prohibidos terminan por afirmar que causar daño es inmoral?

La aceptabilidad de esta posición depende de que ella pueda formular una explicación convincente que nos permita distinguir entre diferentes tipos de actos inmorales a los efectos de su punición. Tal explicación debe ser compatible con una moralidad no utilitarista, pues lo que se cuestiona es el punto de vista liberal no utilitarista. Como hemos visto, un utilitarista no tiene más que remitirnos al contenido de su moralidad, ya que él puede aceptar que la inmoralidad (o sea la dañosidad) de cualquier acto es una razón relevante, aunque tal vez no concluyente, para justificar que el derecho interfiera con él. Además, pienso que si la mencionada explicación diera algún soporte a la idea de que, en algún sentido de

“inmoralidad”, la inmoralidad de un acto tiene cierta relevancia para su prohibición legal, ello la haría más plausible. Estoy de acuerdo con algunos autores⁹ en que sostener, sin calificaciones, que el derecho debe ser neutral respecto de *standards* morales, que aceptamos como válidos, es una posición irrazonable.

Hay un tipo particular de doctrina liberal que reúne las características recién mencionadas. No está necesariamente ligada a una moral utilitarista y, en consecuencia, es compatible con el punto de vista de que algunos actos socialmente inocuos son inmorales (aunque si admite o no que la conducta sexual desviada es un ejemplo de ello sería otra cuestión); aunque sostiene que actos inmorales pero inocuos no deben ser legalmente prohibidos, no necesita dar un cheque en blanco en favor de la tesis de que el derecho debe ser neutral hacia un sistema moral válido; más aún, esta doctrina es independiente de la antítesis entre positivismo e idealismo moral.

Esta doctrina liberal, que indudablemente subyace a muchas discusiones sobre este tema, es la que habitualmente se opone a la filosofía indistintamente llamada “perfeccionista”, “platonista”, “totalitaria” (en el sentido original, no en el peyorativo corriente de esta palabra). No es fácil presentar una formulación adecuada de esta doctrina de modo que se muestre su relevancia respecto de la relación entre derecho y moral. No obstante, me animo a describir sus presupuestos (y, por contraste, los de su rival perfeccionista) de acuerdo con estos crudos lineamientos.

Casi todos los sistemas morales, incluyendo los de índole utilitarista, permiten la formulación de dos clases diferentes de juicios morales. Una de ellas está constituida por juicios que valoran las acciones según que contraven-

⁹ Ver, por ejemplo, Gert, B., *The Moral Rules*, Nueva York, 1973, p. 139.

gan o no normas morales que prohíben la producción de ciertos estados de cosas; juzgan si una acción es correcta o incorrecta sobre la base exclusiva de sus propiedades externas y sus consecuencias, y con independencia de cualquier valoración de la personalidad de su agente. Los juicios de la segunda especie valoran en qué medida las acciones de alguien (que pueden o no causar daño a otro) son autodegradantes, o sea en qué medida la ejecución de tales acciones permite atribuir al agente un defecto en su carácter moral. Evidentemente, esta segunda especie de juicios tiene en cuenta ciertos ideales de excelencia humana. Puede muy bien ocurrir que una acción moralmente incorrecta no se considere que degrada a su agente por el hecho de que su propósito ulterior responde a un ideal de excelencia humana subyacente; a la inversa, podemos elogiar a un hombre por un acto supererogatorio que realiza un ideal de excelencia, a pesar, o precisamente por el hecho de que la acción no estaba prescrita por reglas morales. Así, los juicios morales de esta dimensión no se limitan a la verificación de que ciertas acciones violan objetivamente ciertos *standards* morales; lo que hacen es determinar si esos actos degradan al agente a tal punto, que no satisfaga ya ciertos ideales mínimos de virtud humana. Indudablemente, es en relación a juicios de esta segunda especie que la indagación acerca de las intenciones, motivos y características psicológicas de la gente, es esencial; la medida en que un acto moralmente incorrecto degrada a su agente en relación a ideales de lo que es una buena persona depende de si el acto es o no intencional, de cuáles fueron los motivos para ejecutarlo y qué conexión tiene el acto con la constitución psicológica del agente¹⁰.

¹⁰ La distinción que aquí se propone está insinuada en el artículo de P. F. Strawson, *Social Morality and Individual Ideals*, en "Freedom and Resentment and Other Essays", Londres, 1974, p. 26. En un reciente artículo

Una moral utilitarista no excluye necesariamente juicios morales acerca del efecto de ciertos actos sobre la calidad de la personalidad de sus agentes. Su particularidad estará dada por el hecho de que tales juicios están limitados al caso de acciones que perjudican a otra gente; pero un utilitarista podría concentrarse tal vez en determinar en qué medida una acción dañosa implica una degradación moral de su autor. En contraste, cuando un sistema moral condena acciones que no son dañosas (junto a actos que lo son) da lugar a situaciones en que *solamente* juicios de la segunda especie son relevantes. La única significación de *standards* que proscriben actos inocuos es la degradación del agente en la ejecución de esos actos y su fracaso en satisfacer ideales de virtud personal. Obvios ejemplos de tales *standards* son los que condenan prácticas sexuales heterodoxas; otros *standards* de esa índole son los que condenan el consumo de drogas, prácticas irracionales de ocultismo, la sumisión voluntaria a un estado de esclavitud, dedicarse a la mendicidad o la bebida, al juego, etcétera.

Esta presentación es sin duda muy tosca y habría que refinarla mucho para que pudiera ser filosóficamente fecunda; sin embargo, pienso que un liberal no utilitarista puede valerse de ella para fortalecer su posición. Podría decirse que detrás del rechazo de la prohibición jurídica de actos inmorales inocuos, está la idea de que el sistema jurídico no debe verse comprometido en la valoración de

de J. Raz, *Principles of Equality*, en "Mind", vol. LXXXVII, nº 347, julio 1978, se alude explícitamente a la misma distinción que se hace en el texto, con estas palabras: "Las teorías morales incluyen dos partes (que se superponen y están interrelacionadas): una doctrina de la virtud que determina cómo tiene uno que actuar y vivir para ser moralmente virtuoso, y una doctrina del bienestar que determina cómo deben ser tratados otros en aras de su propio bienestar y quiénes son responsables de que sean así tratados. La doctrina de la virtud concierne al bien del propio agente; la doctrina del bienestar se refiere a nuestro bien como objeto de acciones ejecutadas por otros..." (p. 323).

la personalidad moral de la gente de acuerdo con ideales de bondad humana¹¹. Podría afirmar también que esto no implica que los *standards* morales no deben ser reconocidos por el derecho; pueden serlo en tanto y en cuanto tal reconocimiento no tome en cuenta juicios acerca del efecto de actos moralmente incorrectos sobre la fibra moral de sus agentes. Esto tendría, por supuesto, el resultado de que la desaprobación moral de acciones cuyo único efecto fuera la degradación personal de sus agentes no se reflejara en el derecho; pero esto responde a una idea más general y básica que la mera tesis de que sólo las acciones dañosas a terceros deben prohibirse legalmente. La idea de que la valoración moral de la personalidad del agente no debe ser jurídicamente relevante se aplica también al caso de acciones dañosas (y, por consiguiente, es también operativa cuando la moralidad que se defiende es de índole utilitarista); implica que la prohibición de actos dañosos no debe ser calificada teniendo en cuenta consideraciones sobre su efecto en el carácter moral de sus autores. Esto tiene mucha importancia porque puede muy bien haber gente, incluso utilitaristas, que acepten que sólo las acciones dañosas a terceros deben ser penadas, pero aleguen a la vez que el efectos de tales acciones sobre la personalidad moral de sus autores es relevante para la implementación y distribución de penas. El rechazo de esta postura se basa en que la misma razón que milita en contra de penar actos inocuos es aplicable para no hacer depender de ningún modo la punición de actos dañosos de juicios acerca de la degradación moral de sus autores. Y la razón es que

¹¹ Carrara, *Programa de derecho criminal*, tr. J. J. Ortega Torres, Bogotá, 1972, vol. 1, § 13, p. 38, defendía esta idea al decir: "Esto se sigue del principio según el cual el derecho de prohibir ciertas acciones y de declararlas delito, se atribuye a la autoridad como medio de mera *defensa* del orden externo, y no para conseguir el perfeccionamiento interno".

el derecho no debe endosar ideales de excelencia humana, discriminando a la gente por su virtud o valor moral o por la calidad de su modo de vida; el derecho debe tratar por igual al moralmente puro y al depravado, juzgándolos sólo por el valor de sus acciones. Esto tiene, como veremos más adelante, considerable importancia para el tratamiento de los elementos subjetivos de la responsabilidad penal.

La justificación de esta doctrina antiperfeccionista está fuera del alcance de este trabajo. Es, evidentemente, muy compleja y casi todos están familiarizados con muchos de los argumentos dados en su apoyo. Tal justificación puede estar conectada con cierto ideal social que establece cuáles son las funciones legítimas de la organización política y con la tesis de que tales funciones pueden cumplirse en tanto y en cuanto la gente no interfiera con los planes de vida de los demás, cualquiera que sea su valor y cualquiera que sea la integridad moral de quienes los siguen. Así, el ideal de sociedad defendido no está, a diferencia de las concepciones perfeccionistas acerca de lo que es una buena sociedad, entrelazado con la realización de ideales personales. Este enfoque puede también hacer resaltar lo positivamente atractiva que es una sociedad pluralista cuyos miembros persigan ideales y formas de vida variadas, y exaltar, como lo hacía Mill, la importancia de la experimentación en materia moral. También, como Mill¹², se puede apoyar esta concepción liberal acerca de los límites de la interferencia estatal en la idea de que los ideales y virtudes personales no pueden imponerse adecuadamente por medios coactivos sino únicamente a través de la discusión y persuasión. Como en el caso de Rawls¹³, la concepción liberal puede fundarse en una teoría

¹² Para el desarrollo de Mill, ver *On Liberty*, citado.

¹³ Ver Rawls, ob. cit., especialmente p. 407 y ss. y p. 505 y ss. Ver

de lo bueno como satisfacción de planes racionales de vida que cada individuo elige y, en última instancia, en una concepción de la persona moral que no esté intrínsecamente vinculada a la realización de determinados fines sino que se caracterice por la capacidad para elegir fines. También este punto de vista puede estar basado, aunque no necesariamente, en una posición relativista sobre la validez de los ideales de excelencia personal.

En vez de profundizar el análisis de este complejo problema —lo que excedería en mucho los límites de este trabajo— voy a dedicar la próxima sección (*b*) al tema, mucho más pedestre, de determinar las consecuencias de las concepciones liberal y perfeccionista respecto de la formulación y aplicación de normas penales.

*b) Presupuestos perfeccionistas y liberales
en las soluciones para distintos problemas
de responsabilidad penal*

Algunas consecuencias, y correspondientes dificultades, que implican la adopción de una u otra de estas concepciones opuestas, surgen en el nivel de la legislación; otras están más relacionadas con la adjudicación judicial de responsabilidad penal, aunque pueden ser objeto de previsiones legislativas. Haré primero una breve revisión de algunas implicaciones más o menos conocidas de los enfoques perfeccionista y liberal sobre los alcances de la legislación penal, para concentrar después mi atención en las consecuencias que generalmente se confrontan en el nivel judicial.

Evidentemente la concepción perfeccionista implica un punto de vista bastante claro sobre la clase de acciones que deben ser penadas. Todo acto inmoral puede,

también de este autor *A Kantian Conception of Equality*, en 96 "Cambridge Review", 94, 1975.

en principio, ser convertido en delito, o ser objeto de otra clase de interferencia jurídica, constituya o no un daño para los intereses o derechos de otros. La ley debe ser un instrumento para inducir a los individuos a adoptar formas de vida moralmente dignas y para realizar ideales de perfección humana. Así, el perfeccionista puede eludir la discusión de los efectos sociales o de la posible dañinidad de los actos que se quieren incriminar y, en cambio, exigir la represión (según los ideales que personalmente adopte) de actos como el comportamiento sexual anómalo, el consumo de drogas o de alcohol, la mendicidad y la vagancia, la prostitución, el juego, etc. (para mencionar solamente los casos más plausibles). Esta posición tiene alguna independencia de la postura que se adopte acerca de la justificación de la pena. Aun cuando se justifique la pena en relación a sus efectos de prevención, esa justificación puede combinarse con la idea de disuadir a los individuos que llevan una vida degradante¹⁴. Sin embargo, esta concepción tiene una tendencia natural a asignar una misión más trascendente a la pena: ya como pura retribución o como reafirmación simbólica de los valores morales afectados.

El rechazo de la autodegradación moral como una razón para reprimir las acciones, explica la preocupación liberal por establecer si las acciones propuestas como punibles implican o no la invasión de los intereses o derechos de otros individuos. Ello enfrenta a los liberales con algunas dificultades bien conocidas.

Una de ellas, que mencionaré solamente al pasar, se presenta en relación a la opinión muy difundida de que los

¹⁴ Por ejemplo, Platón adjudica a Protágoras, en un famoso pasaje, la idea de que la pena no debe ser retributiva, sino que debería "mirar hacia el futuro" (idea que Sócrates no discute en el diálogo), mientras que, al mismo tiempo, sostiene que el objeto de la pena es enseñar la virtud (*Protagoras*, en "Dialogues", tr. B. Jowett, Oxford, 1953, vol. I, p. 324).

actos de autodegradación realizados en público, o que se hacen públicos, necesariamente ocasionan un daño que la ley debe prevenir. En consecuencia, la distinción entre actos que meramente contravienen ideales personales y actos que dañan a otros individuos se reemplaza algunas veces por la distinción entre actos “públicos” y “privados”¹⁵. Uno de los “daños” que más frecuentemente se mencionan como resultado de acciones públicas autodegradantes, es el sentimiento de desagrado o repugnancia que causan a quienes los presencian o llegan a enterarse de su ejecución. Frente a este argumento, una posible respuesta sería afirmar que tales sentimientos están generados por actitudes de intolerancia de sus propias “víctimas”, y que un sistema jurídico liberal no debe proteger a algunos contra daños que las personas tolerantes no sufren (tal vez la única virtud personal que según el liberalismo, el Estado debe promover sea la tolerancia). Pero, naturalmente, puede también sostenerse que de las acciones públicas autodegradantes resultan daños de otra índole, que plantean diferentes problemas (como los efectos en personas inmaduras que no están en condiciones de elegir su ideal de vida).

Esta dificultad se relaciona con otra que es materia de gran controversia: la justificabilidad de leyes penales paternalistas, como la incriminación de la tentativa de suicidio, de la eutanasia consensual, del incumplimiento de la educación obligatoria, del consumo de drogas, de la omisión de usar cinturones de seguridad en los automotores,

¹⁵ El art. 19 de la Constitución Nacional resume elegantemente la tesis liberal, aunque confunde la distinción entre actos contra la moral privada (ideales personales) y los que violan la “moral pública”, con la distinción entre actos públicos y privados, cuando dice: “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”. Ver un análisis de esta norma en mi trabajo *¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de “las acciones privadas de los hombres”?*, LL, 1979-D-743.

etcétera. Mientras que el perfeccionismo puede justificar coherentemente estas intromisiones legales, el liberalismo tropieza con el obvio obstáculo de que la noción de daño es dependiente de los deseos e intereses de la persona supuestamente afectada. La forma habitual de superar este obstáculo consiste en sostener que esas leyes no están destinadas a prevalecer sobre los deseos o intereses globales de la persona interesada sino a proteger sus futuras oportunidades de elección contra decisiones presentes que pueden precluir las. La idea es preservar la capacidad de elección de los hombres contra sus propias decisiones, y no implica un juicio de valor sobre la calidad de tales decisiones. Esta supresión de algunas opciones presentes para preservar futuras oportunidades de decisión, dista mucho de estar claramente justificada. Un criterio cuantitativo es evidentemente absurdo, pues una sola decisión puede representar el ejercicio supremo de la capacidad de un hombre para elegir, de manera que la supresión de ella no puede compensarse con la oportunidad de realizar en el futuro muchas otras decisiones triviales. Además, es obvio que casi todas las decisiones que hacen los hombres les impiden adoptar un conjunto indefinido de otras en el futuro. La tesis necesita, por consiguiente, ser fundamentada mediante alguna caracterización de las opciones que puedan suprimirse, al menos teniendo en cuenta su carácter de decisiones "reales" (y no la calidad moral de tales decisiones). Autores como Gerald Dworkin¹⁶, han avanzado en esta dirección, indicando diversas circunstancias en que las decisiones no expresarían la voluntad real de los individuos. Indudablemente el análisis implica el riesgo, como lo señalan I. Berlin¹⁷ y el mismo Dworkin¹⁸,

¹⁶ Dworkin, G., *Paternalism*, en Wasserstrom, R., ed., "Morality and the Law", Belmont, California, 1971.

¹⁷ En *Two Concepts of Liberty*, en Linton, A., ed. "Political Philosophy", Oxford, 1967, p. 150.

¹⁸ Ob. cit., p. 119.

de confundir aquello que el individuo querría, si estuviera en completa posesión de su capacidad de decisión y dotado de toda la información necesaria, con lo que *debería* querer según algún ideal de perfección humana. Sin embargo, algunas decisiones que se hacen bajo compulsión, bajo perturbación emocional, prematuramente o sin la información adecuada, pudiéndose predecir, con sustento en generalizaciones psicológicas, que probablemente se lamentarán más adelante, parece que deberían ser consideradas irrelevantes para determinar si cierta acción es o no perjudicial para su agente. Existe incluso alguna base provista por ciertas teorías de la identidad personal, para considerar que el "yo" del individuo que se encuentra bajo las incapacidades ya mencionadas, es distinto del "yo" en otra etapa de su vida en que no existan estas incapacidades, y para proteger a este último contra actos dañosos realizados por su "yo" anterior como si hubieran sido realizados por un tercero¹⁹. Sin embargo, aun teniendo en cuenta estas consideraciones, el recurso a medidas de índole penal con propósitos paternalistas puede ser cuestionado, puesto que la misma incapacidad en que se halla el individuo para decidir el curso de acción que mejor se ajuste a sus intereses puede afectar, en muchos casos, su libertad de asumir responsabilidad penal¹⁹⁻¹.

Otra dificultad que puede surgir en la etapa de formulación de la ley penal se relaciona con la justificabilidad de excluir la posibilidad de que una mera actitud subjetiva pueda constituir un delito. Un perfeccionista no precisa necesariamente favorecer la intromisión legal en los meros procesos mentales de los individuos; muy probablemente rechazará una legislación penal de esta índole,

¹⁹ Ver Parfit, D., *Later Selves and Moral Principles*, en Montefiore, A., ed., "Philosophy and Personal Relations", Londres, 1973. En un seminario realizado en la Universidad de Oxford (Trinity Term, 1975), Parfit señaló la relación del tema con la justificación de leyes paternalistas.

¹⁹⁻¹ En el trabajo citado en nota 15 hago un análisis más detallado del paternalismo.

con diversos fundamentos, como sería, por ejemplo, la dificultad de probar satisfactoriamente los estados mentales. Sin embargo, no es completamente inconcebible que el perfeccionismo defienda la represión de meras creencias e intenciones, puesto que la sola profesión de creencias o intenciones indignas o aberrantes puede implicar depravación moral, y su punición puede servir para ponerla de manifiesto y reprobarla públicamente. Si bien esta posición es totalmente repugnante para el enfoque liberal, la no punibilidad de lo meramente subjetivo no es tan fácilmente justificable como parece serlo a primera vista.

La fundamentación más común de la impunidad de las meras actitudes subjetivas consiste en que es necesario construir un cerco para proteger la libertad de pensamiento y la libertad de expresión, de forma tal que haya algún marco seguro para el desarrollo de ideas y para la especulación intelectual sin temor a enfrentar otras consecuencias que la crítica y los intentos de persuasión. Se podría objetar que este argumento puede aplicarse solamente a algunos procesos mentales y a sus expresiones —la profesión de creencias y opiniones— que se caracterizan porque no pueden ser iniciados o abandonados a voluntad y, en consecuencia, uno no puede ser persuadido a abandonarlos, y porque no tienen, por sí mismos, efectos en el mundo externo. Este argumento no es aplicable, en cambio, a intenciones y disposiciones, las que pueden ser modificadas mediante ciertos incentivos y tienen consecuencias directas en el mundo externo²⁰. También

²⁰ Así cuando Carrara, ob. cit., vol. 1, § 28, p. 47 afirma que los derechos del hombre no se pueden ofender por actos internos, el hipotético crítico objetaría que eso es cierto respecto de las *opiniones*, pero que la *intención* de dañar a otro puede constituir un peligro inminente de que aquellos derechos se vean afectados. Y cuando Carrara alega, vol. 8, § 3258, que los pensamientos no pueden ser suprimidos por la coacción, el mismo crítico podría replicar que ello es nuevamente acertado con referencia a nuestros juicios pero no en relación a nuestra disposición de actuar de cierta forma.

puede añadir el crítico que, mientras estemos interesados en prevenir daños a otros individuos, es absurdo distinguir entre diferentes etapas de los procesos que producen esos daños, erigiendo una barrera contra la intromisión legal respecto de las etapas que transcurren en la esfera subjetiva. Parece tonto esperar que se ejecute un mínimo movimiento corporal antes de interferir en la producción del daño, cuando el juicio acerca de la probabilidad del daño puede fundarse enteramente en la intención del individuo y la actividad externa podría no añadir nada a la confirmación de tal juicio. No hay nada sagrado, podría seguirse argumentando, en lo "psíquico" por oposición a lo "físico" y es ridículo concebir los movimientos corporales como si representasen una especie de luz verde que nos permitiera actuar sin violar el derecho a una libre vida interior. Tal vez el crítico propondría el siguiente vuelo de fantasía para refutar lo que considera el mito de la santidad inherente a los procesos psíquicos: si viviéramos en un mundo en el cual los hombres tuvieran comúnmente el poder de telekinesis, no cabría dudar de la legitimidad de interferir con algunos procesos psíquicos a fin de prevenir efectos materiales dañosos y para impedir que otros formaran intenciones similares. Naturalmente que nuestro mundo no es así, ya que no podemos provocar la muerte de nuestros enemigos con sólo pensar en ella. Sin embargo, las intenciones son aún importantes pasos hacia la causación de daño y a los individuos se los debería castigar por proponérselo, no porque la mera intención haga a la persona reprochable y la degrade moralmente, sino para evitar la ejecución del daño y para disuadir a otros de formar intenciones análogas.

¿Qué se puede replicar a estos argumentos? Creo que tienen éxito en arrojar dudas sobre tradicionales alegatos en favor de la inviolabilidad de los procesos psíquicos que se basan en la libertad de pensamiento. Sin em-

bargo, hay bien conocidas razones en apoyo de la impunidad de las intenciones. La más obvia es la que menciona Blackstone²¹, a pesar de que su enfoque de las actitudes subjetivas no es precisamente antiperfeccionista; se apoya en las dificultades para obtener pruebas dignas de confianza acerca de la existencia de meras intenciones. Hay mucho para discutir sobre el tema, pero, sin embargo, es indudable que la punibilidad de las meras intenciones introduciría una gran incertidumbre e inseguridad jurídica y aumentaría enormemente la posibilidad de castigar a inocentes. H. Morris señala²², además, lo absurdo de las leyes formuladas para prohibir meras intenciones: si estuviéramos interesados en prevenir los actos subsiguientes, bastaría con prohibir tales actos, pues aquel a quien se persuade con esa prohibición no puede tener la intención de actuar y decidir, simultáneamente, no actuar; si la prohibición del acto es efectiva, su efecto sobre potenciales delincuentes es disuadirlos, no sólo de llevar a cabo su intención sino también de persistir en ella y hasta de formarla en primer lugar. Ello es cierto, pero, aun así, existe la posibilidad de combinar prohibiciones de ciertas acciones con autorizaciones para reprimir a aquellos que meramente piensan actuar (como en la tentativa, donde resultaría similarmente absurda una norma que se limitara a prohibirla). Sugiere Morris²³ también, un argumento que considero más sólido (aunque le da una trascendencia conectada con supuestos iusnaturalistas que no puedo compartir): Algunas intenciones son más firmes que otras; las más firmes implican lógicamente haber dado pasos efectivos para ejecutar la intención. Este grado de firmeza de

²¹ *Commentaries*, libro IV, cap. II, citado por H. Morris en *Punishments for Thoughts*, en Summers, ed., "Essays on Legal Philosophy", ya citado, p. 110.

²² Ob. cit., p. 95.

²³ Ob. cit., p. 102 y siguientes.

la intención da lugar a una tentativa, cuya punibilidad está justificada, al menos en ciertas condiciones, por el considerable peligro que ella constituye. Las intenciones menos firmes no son tan peligrosas, principalmente a causa de la posibilidad de que el agente potencial cambie de idea, y los enormes males que podrían seguirse de castigar tales intenciones excederían las ventajas de suprimir los escasos riesgos que implican. Entre los males es necesario contar no solamente la posibilidad de castigar a inocentes a causa de la inseguridad de la prueba (y la invasión a la privacidad que su obtención supondría), sino también la falta de incentivos para desistir de la realización material de intenciones ya formadas; pues, una vez concebida la intención, la perspectiva de la pena no operará como un motivo contra su realización; la pena persuadirá únicamente en un nivel subliminar, impidiendo la formación de intenciones. (Este resultado podría evitarse parcialmente mediante la fijación de distintos grados de penalidad para la mera intención y para la tentativa, pero la perspectiva de una condena, tan pronto como se forma una intención, no haría, en muchos casos, que una mayor dosis de castigo fuese suficientemente disuasiva.)

Pero el argumento anterior conduce a otro que creo decisivo para rechazar la punibilidad de meras intenciones: Las intenciones no son algo que se pueda consentir en tener, en el sentido de "consentimiento" que es relevante para la aplicabilidad del principio de asunción de la pena. Es absurdo decir que alguien decidió consciente y libremente tener cierta intención. El que una acción sea intencional implica que el agente consintió en ejecutarla, pero de la intención misma no puede predicarse que fue consentida. Esto no significa necesariamente (salvo, tal vez, bajo una hipótesis determinista) que el tener cierta intención sea algo que nos pasa y que no podemos eludir, como ocurre con un tic nervioso, sino que no tiene sentido pre-

guntarse por el carácter consensual de la intención (así como no lo tiene preguntar cuánto mide el metro patrón de París o cuándo es de día en el sol). La imposibilidad conceptual de predicar consentimiento de una mera intención determina la imposibilidad de predicar consentimiento de una responsabilidad penal que se adscribiera a tal intención. De este modo, el principio de asunción de la pena no sería satisfecho por la práctica de penar puras intenciones que no se materializan en un comportamiento exterior. Esto está de acuerdo con nuestras intuiciones: nadie diría que cuando alguien concibe la idea de hacer algo sin ponerse todavía a ejecutarlo, carga voluntariamente sobre sí las consecuencias de concebir tal idea; lo absurdo de semejante afirmación sólo desaparece cuando el individuo lleva su idea a la práctica. Mientras una concepción retribucionista de la pena, basada en la reprochabilidad moral, tiene que ser suplementada con consideraciones independientes para convalidar nuestra firme convicción de que una mera actitud subjetiva no debe ser penada, esta conclusión surge directamente de una justificación de la pena que exige que ésta sea un medio racional para evitar males sociales mayores y que sea distribuida sobre la base del consentimiento.

Estos temas están principalmente relacionados con los límites de la legislación penal, lo que excusa en parte el rápido tratamiento que les he dedicado. Pero las concepciones liberal y perfeccionista también se enfrentan en relación a cuestiones que generalmente se plantean en la adjudicación judicial de responsabilidad penal.

Las más importantes de estas implicaciones aparecen a propósito del tratamiento de las actitudes subjetivas. Vimos en el último capítulo que la exigencia de que, para ser punible, se tiene que haber consentido en asumir la respectiva responsabilidad penal (el principio de asunción de la pena), satisface requisitos de justicia en la distribu-

ción de cargas impuestas por la necesidad de protección social. Hasta ahora ha sido ésta la única relevancia concedida a las actitudes subjetivas del agente. En cambio, una concepción perfeccionista asignaría un significado más profundo al requisito de ciertos estados psíquicos. Mientras el sistema jurídico esté diseñado para promover ideales individuales y la evaluación moral de la personalidad se considere relevante para adjudicar responsabilidad penal, los motivos e intenciones de los agentes constituyen aspectos centrales en la determinación de si la pena es o no justificable en el caso concreto. Con esta concepción, aplicar una pena a alguien sin tomar en cuenta sus actitudes subjetivas no es solamente injusto: implica pervertir la verdadera función del derecho penal, que es denunciar a los que poseen disposiciones viciosas, promoviendo su regeneración moral y sirviendo para edificar el carácter de los demás. Podría admitirse que la pena tiende a prevenir daños sociales, pero se sostendría que esta función puede, de cualquier forma, satisfacerse si las penas individuales se aplican únicamente a aquellos que han causado daño como resultado de su disposición perversa y no a los que actuaron sobre la base de motivos honorables. Los daños que debemos temer son los causados por los individuos moralmente depravados; el resto son o bien justificables o inevitables. Así, el antecedente necesario de la pena es una mente reprochable o culpable; el acto punible debe ser la expresión de una personalidad viciosa. De este requisito central pueden inferirse las actitudes subjetivas que son necesarias para adjudicar responsabilidad penal.

Evidentemente, la concepción antiperfeccionista del derecho difiere radicalmente del enfoque precedente. La razón por la que debe requerirse intención u otras actitudes subjetivas no es porque debe evaluarse la personalidad del agente, tal como se expresa en el acto, y determinarse si este acto refleja o no una mente viciosa. Si se adopta la

justificación presentada en el capítulo anterior, afirmar que un acusado ha consentido en ser penado no implica considerarlo reprochable, del mismo modo que aseverar que un contratante ha consentido ciertas consecuencias del contrato no implica considerarlo reprehensible. Las consideraciones que nos llevan a rechazar la reprochabilidad moral como razón suficiente y apropiada para penar, también nos conducen a rechazarla como una condición necesaria de la pena; exigir tal condición, aunque no fuese más que en adición a otras condiciones, implicaría que el derecho trata a los individuos diferentemente de acuerdo con su valor moral y, consecuentemente, que el derecho incorpora ideales de perfección personal.

Estas opuestas concepciones acerca de la relevancia de actitudes subjetivas para la responsabilidad penal llevan evidentemente a sus sostenedores, a requerir diferentes condiciones psíquicas. Para una concepción perfeccionista los motivos que el agente tiene para verse involucrado en un delito serían sumamente relevantes, ya que el plan general de acción, del cual el acto en cuestión fue parte, es decisivo para juzgar la reprochabilidad moral del agente. En contraste, la justificación expuesta en el capítulo anterior para la exigencia de ciertos estados psíquicos es independiente de los motivos del agente; cualesquiera que fueren los propósitos u objetivos finales del agente (con la excepción de algunos específicos que se expondrán en el próximo capítulo), el hecho de que el acto reúna las condiciones subjetivas exigidas por el principio de asunción de la pena excluye el posible carácter inequitativo de tal medida cuando ella está, además, justificada por la necesidad de protección social. Por otro lado, esta justificación antiperfeccionista para requerir actitudes subjetivas exige preeminentemente el conocimiento de la punibilidad de la conducta, que la concepción perfeccionista exigiría sólo excepcionalmente en los casos en que la única significación

moral de la acción fuera su prohibición legal; en la mayoría de los casos la reprochabilidad moral del agente puede juzgarse independientemente de su conocimiento de la ilegalidad del acto. Innecesario es decir que las diferencias entre actitudes subjetivas (como las que se dan entre la intención y el conocimiento), que son sumamente relevantes para el reproche moral, pueden ser irrelevantes para una justificación antiperfeccionista del requisito de tales actitudes.

La concepción perfeccionista tiene también implicaciones claras para la caracterización de situaciones en las que se justifica una conducta delictiva. Además de justificar los delitos realizados, no por algún móvil indigno sino por motivos que satisfacen exigencias de algún ideal de perfección humana, puede también favorecer una definición de las circunstancias justificantes tradicionales, como legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio de un derecho, etc., de tal modo de requerir que la acción haya estado determinada por un motivo válido. Así, para el enfoque perfeccionista, no puede justificarse, por ejemplo, la acción de quien por casualidad repele una agresión sin intentar actuar en legítima defensa (ya que no advirtió que era atacado y su propio acto fue concebido como una agresión y tuvo, por lo tanto, la misma intención culpable que quien realmente fue el agresor). Una solución similar será aplicada al caso de quien ejecuta un acto que es, por lo común, un delito, pero sin saber que tiene un derecho especial o autorización para actuar como lo hace, y creyendo que el acto estaba prohibido. Así, pierde mucho de su importancia la distinción entre justificación y excusa, ya que la legitimidad del acto depende parcialmente de los motivos y del conocimiento del agente. Aunque es obvio que una concepción liberal del derecho penal no definiría las causas de justificación haciéndolas depender de las razones para actuar del agente, es imposible

determinar con precisión cómo las definiría y qué relevancia concedería al conocimiento y a las intenciones del agente, hasta que se ofrezca una fundamentación general de las causas de justificación, como lo haré en el próximo párrafo (B).

El enfrentamiento de las concepciones perfeccionista y liberal respecto de la relación entre responsabilidad penal y reprochabilidad moral produce, naturalmente, consecuencias importantes en la selección y graduación de la penalidad que debe aplicarse en cada caso. La concepción perfeccionista sostiene que la penalidad debe aplicarse al delincuente de acuerdo con el grado de su reprochabilidad moral, que se establece por sus motivos y otras características del delito. Así ocurre tanto cuando el perfeccionismo se acopla a una teoría retribucionista de la pena como cuando se asocia con una teoría que tiene como meta de la pena la rehabilitación del delincuente o la disuasión de los delincuentes en potencia, ya que la valoración de la calidad moral del agente indicará la clase y cantidad de pena que será necesaria para inducir al condenado a adoptar normas de comportamiento digno y para disuadir a otros delincuentes potenciales de apartarse del modelo de perfección aceptado. Además, el perfeccionismo no contiene ninguna razón *a priori* para limitar los datos que son relevantes para la evaluación de la personalidad del agente a las circunstancias del acto por el que aquél puede ser penado. Los antecedentes delictivos y el comportamiento general del agente pueden ser decisivos.

Una teoría liberal del derecho penal rechaza los criterios precedentes para la selección y graduación de las penalidades, pero no se ve bien cómo los sustituye; en la próximo párrafo haré algunas sugerencias en tal sentido.

Mientras que se pueden advertir claramente todas las implicaciones del criterio perfeccionista respecto de la adjudicación de responsabilidad penal, no es tan fácil evaluar

las de la concepción liberal sin ahondar en la materia. Mi opinión es que el desarrollo coherente del enfoque liberal (antiperfeccionista) requiere recurrir a nuevos principios, como se verá en el próximo párrafo (B).

Antes de terminar éste, quiero hacer algunos breves comentarios acerca de la vigencia de ambas concepciones sobre la relación entre derecho penal y moral, en los enfoques corrientes en el mundo anglosajón y continental europeo respecto del derecho penal.

Tanto el pensamiento jurídico inglés como la teoría continental del delito, a pesar de abrazar generalmente en forma explícita la concepción liberal, aceptan algunas soluciones que sólo son compatibles con el punto de vista perfeccionista.

En la práctica judicial inglesa puede detectarse la influencia del enfoque perfeccionista fundamental en el tratamiento de las actitudes subjetivas. Frecuentemente se sostiene²⁴ que hay que hacer caso omiso de las referencias que, de tiempo en tiempo, hacen los tribunales respecto del requerimiento de una mente culpable o reprochable, o de sus comentarios acerca de la reprochabilidad de agentes que actuaron con una cierta actitud psíquica. Se alega que, mientras que en el pasado esas referencias (que eran mucho más frecuentes que en la actualidad) aludían realmente al fundamento para exigir ciertas condiciones psíquicas específicas, hoy en día no expresan la justificación generalmente aceptada del requerimiento de ciertas actitudes subjetivas y constituyen meros deslices verbales ocasionales o comentarios marginales que no deben considerarse relevantes respecto de la justificación

²⁴ Ver, por ejemplo, Jones, P. A. y Card, R. I., *Cross and Jones Introduction to Criminal Law*, 8ª ed., Londres, 1976. Ver también Hart, *Punishment and Responsibility*, cit., p. 36. Hart duda tanto como yo de la afirmación frecuente de que la asociación entre *mens rea* y reproche moral no persiste en los tribunales ingleses modernos.

aceptada del requisito de la *mens rea*. Es difícil determinar la exactitud de esta descripción; si bien se advierte una creciente resistencia a usar las expresiones “mente culpable” o “reprochable” (lo que acaso responda a un genuino cambio ideológico), se suscitan dudas acerca de esta interpretación por la ausencia de una clara justificación alternativa del requerimiento de *mens rea*, porque en los casos críticos no amparados por un precedente, no son raras las referencias a la significación moral de ciertas actitudes subjetivas (como en el voto de Lord Hailsham en “Hyam”²⁵) y porque algunos autores modernos²⁶ recurren abiertamente a la idea de reprochabilidad moral para justificar las decisiones judiciales. De cualquier forma, muchas características del derecho penal inglés son más compatibles con la ideología perfeccionista que con la liberal; por ejemplo, la no admisión del error de derecho como defensa, la aceptación de responsabilidad objetiva usualmente en los casos de acciones moralmente indiferentes (que sugiere una asociación entre *mens rea* y malicia moral), una interpretación subjetivista de las justificaciones, la falta de diferenciación entre excusas y causas de justificación y de sus diferentes efectos, una cierta tendencia a asimilar la tentativa al delito consumado, etcétera.

En la teoría continental del delito el sistema clásico de Beling constituye un reflejo casi perfecto del enfoque liberal acerca de la relación entre moral y derecho penal, como se pone fundamentalmente de manifiesto con el hecho de que el requerimiento de elementos subjetivos, inclusive

²⁵ Ver su opinión (A. C., p. 78, par. C y D) acerca de la imposibilidad de diferenciar moralmente la intención de matar y la intención de exponer a la víctima a riesgo de muerte.

²⁶ Ver, por ejemplo, Smith y Hogan, *Criminal Law*, 3ª ed., Londres, 1973, p. 4, donde se defiende explícitamente la asociación entre *mens rea* y culpa moral, y p. 43 y 55, donde esa asociación se aduce para justificar soluciones específicas. Ver también Lord Denning, *The Changing Law*, Londres, 1953, p. 112, citado por Hart en el pasaje mencionado en nota 24.

el conocimiento del derecho, no se fundaba en la reprochabilidad moral del agente; también responde a la concepción liberal la definición de “antijuridicidad” y de las causas de justificación (claramente distinguidas de las excusas), haciendo caso omiso de los motivos y creencias del agente. La teoría contemporánea, por otro lado, suprime muchas de estas consecuencias del enfoque liberal: progresivamente subjetiviza la noción de tipo y antijuridicidad y, consecuentemente, la interpretación de las causas de justificación; restringe el requisito del conocimiento del derecho, y, sobre todo, adopta la idea de reprochabilidad como la base de la exigencia de culpabilidad (que, pese a las protestas en contrario, es incomprensible si no se la conecta con la reprochabilidad moral del agente).

Así, pues, muchas de las vacilaciones y problemas de los enfoques vigentes se deben, como en materia de justificación de la pena, a la falta de una posición clara y coherente acerca de concepciones fundamentales —en este caso sobre el alcance de la relación entre responsabilidad penal y responsabilidad moral— y a la aceptación de compromisos fáciles entre concepciones incompatibles.

B. EL REQUISITO DE PERJUICIO EN EL CASO PARTICULAR

a) *El problema de la falta de coincidencia entre las acciones punibles y las acciones que se trata de precaver*

Expuse en el capítulo precedente el principio de protección prudencial de la sociedad, según el cual una ley penal se justifica solamente cuando su sanción y aplicación están destinadas a prevenir daños mayores que los que ella genera. En el párrafo anterior consideré el principio liberal que proclama la ilegitimidad de las leyes

penales que se dirigen meramente a prevenir el "daño" de la autodegradación moral, y que exige consecuentemente que dichas leyes estén sólo destinadas a prevenir los actos que lesionen bienes, intereses o derechos de otras personas distintas de sus agentes (salvo en los casos en que se pueda defender la legitimidad de medidas paternalistas).

Hasta aquí no hay problema; pero los actos que la pena está destinada a prevenir, mediante su amenaza y su aplicación, son una cosa, y otra muy diferente son los actos que dan ocasión al ejercicio del castigo. Nada de lo que he expuesto hasta ahora sugiere que actos que no son, en sí mismos, dañinos o peligrosos no deberían ser castigados a fin de prevenir actos que *son* dañinos o peligrosos.

Una justificación retribucionista de la pena, al menos en algunas de sus versiones, excluirá sin duda la posibilidad de reprimir actos que no son, en algún sentido, perniciosos (si tal calificación depende o no del perjuicio a terceros es otra cuestión). Pero una justificación de la pena en términos de su capacidad de disminuir los daños sociales parece permitir la existencia de casos en que se pene un acto en sí mismo inocuo para desalentar la comisión de actos perjudiciales.

El principio de asunción de la pena reduce considerablemente el alcance del problema. Dado este principio, queda excluida la posibilidad de aplicar una pena a quienes sean "inocentes". El individuo a quien se aplica una pena debe haber cometido, con la adecuada actitud subjetiva, una acción que condicione esa pena. Pero ¿tiene que ser ese delito realmente perjudicial o peligroso, como deben serlo los actos que la ley, que ha creado el delito, trata de prevenir?

La pregunta parece ridícula por la sencilla razón de que los actos que pueden ser jurídicamente castigados y

los actos que el derecho trata de prevenir caen bajo la misma descripción legal. Esta circunstancia no responde a una mera técnica convencional de legislación penal, sino que se conecta a todas luces con el objetivo de tal legislación. El efecto disuasorio del derecho penal se funda en la asociación entre los actos que los individuos se ven inducidos a evitar y los actos que acarrean pena, lo cual implica el requisito obvio de que la primera clase de actos coincida con la segunda. Si este requisito pragmático se une al principio de legalidad (que deriva del principio de asunción de la pena), según el cual ningún acto debe ser penado a menos que esté descrito como punible por una ley anterior, hay que concluir que ningún acto es punible si no pertenece a la clase de los que la ley quiere prevenir a causa de su carácter dañino.

Cabría pensar que el problema que se presenta fuera simplemente éste: frecuentemente el derecho penal declara punibles actos que son, aisladamente considerados, ino cuos, para prevenir algunos otros, que sí son dañinos y que, en cierta forma, son facilitados por los primeros; por ejemplo, la ley puede prohibir cultivar amapolas blancas para impedir que de ellas se extraiga el opio. Sin embargo, resulta claro que el caso no ofrece dificultad alguna, pues esa conducta, el cultivar amapolas, no es en realidad inocua sino peligrosa, ya que facilita ciertos otros actos nocivos; el derecho trata de prevenir esa conducta y hay coincidencia entre los actos que son materia de prevención y los que son punibles.

Las siguientes consideraciones muestran la dificultad a que me refiero.

Las acciones que caen bajo una descripción penal no tienen siempre las propiedades que fueron tomadas en cuenta cuando se sancionó la ley a fin de desalentar cierta clase de comportamiento. Esto ocurre así por tres razones por lo menos: 1^o) Cuando se legisla no siempre se describe el

carácter específicamente dañino o peligroso de las acciones que se trata de disuadir; algunas veces es más conveniente y preciso mencionar otra propiedad de las acciones que está empíricamente conectada con su naturaleza dañina o peligrosa. Por ejemplo, generalmente se prefiere describir ciertos tipos de conducción peligrosa de automóviles mencionando propiedades específicas como la de conducir a más de ochenta kilómetros horarios, en vez de aludir genéricamente al manejo peligroso. Ello hace posible la aparición de casos en los que no se da la relación empírica entre el carácter dañino o peligroso de la acción y la propiedad específica incluida en la descripción. 2º) Aun cuando la descripción legal menciona alguna propiedad de la acción que parece implicar por sí misma daño o peligro, la vaguedad o textura abierta del lenguaje permite su aplicación a casos en los que ese daño o peligro no se presenta; aquí se puede citar el conocido ejemplo de Hart de la prohibición de transitar por un parque público en vehículos particulares, aplicada al niño que usa su triciclo. 3º) Aunque la conducta, tal como ha sido descrita, sea en sí misma dañina y ese daño realmente se produzca en un caso particular, podría haber sido un medio necesario para prevenir otro resultado más perjudicial. Estas alternativas no son excluyentes; por ejemplo, el tercer caso podría considerarse como una subclase del segundo.

Supongamos que la ley, en vez de referirse genéricamente a la "conducción peligrosa", recurriera a la descripción de "conducir a más de ochenta kilómetros por hora, o sin frenos, o con cubiertas en mal estado"; evidentemente, se asume que las acciones descritas son peligrosas y, a causa de ello, y *solamente* por ello, trata la ley de prevenirlas. Sin embargo, ésta es una mera generalización empírica que admite excepciones en circunstancias que no pueden especificarse de antemano. Por ejemplo, un individuo puede conducir a cien kilómetros por hora

en un camino solitario, o con un automóvil que a esa velocidad es tan seguro como otro que marche a velocidad mucho menor; o se trata de un nuevo modelo de automóvil que tiene, en vez de frenos, un dispositivo distinto para evitar colisiones. Estas situaciones son una fuente muy común de dificultades cuando se tiene que aplicar el derecho a casos particulares.

Por todo ello, es casi inevitable que las provisiones legales no se limiten estrictamente a prohibir las acciones que causan el daño que se quiere prevenir: casi siempre la clase de acciones punibles es más amplia que la clase de acciones que el legislador trata de prevenir a causa de su carácter dañino o peligroso.

Esto no quiere decir que cuando se reprime una acción que corresponde a la descripción legal, pero no causa el perjuicio que se quiso evitar, la pena no contribuya a prevenir las acciones dañosas que responden a la misma descripción legal. Ciertamente castigar a quien conduce a cien kilómetros por hora en un camino solitario podría disuadir a otros de que manejaran a esa velocidad en condiciones de tránsito más peligrosas. O, volviendo al problema de penar las meras intenciones, castigar una intención de actuar que no fuera tal vez peligrosa en sí misma, podría disuadir a otros de ejecutar esa misma intención por medio de actos dañosos o peligrosos.

Como la justificación no retribucionista de la pena que aquí se propone no está relacionada con ninguna valoración de la conducta por la que alguien es castigado, sino con una valoración de las acciones potenciales que el castigo de cierta conducta tiende a prevenir, no parece haber obstáculo alguno para penar acciones inocuas o positivamente beneficiosas a fin de impedir la realización de otras, que sean perjudiciales. Sin embargo, esta práctica puede merecer varias importantes objeciones.

En primer lugar, es verdad que debemos considerar,

no la conducta por la que se castiga a alguien, sino las acciones que queremos disuadir o prevenir por medio de la pena, pero lo cierto es que entre esas acciones podría haber, junto a acciones dañinas, acciones que fueran tan perfectamente inocuas como las que estamos castigando. Cuando castigamos a quien entra al parque con el triciclo de su hijo, no sólo disuadimos a otros que transiten por el parque, por ejemplo, con camiones, sino que también impedimos a otros padres traer los triciclos de sus hijos, lo que *ex hypothesi* no constituye peligro alguno. Y, aunque hubiera razones para castigar acciones inocuas a fin de prevenir otras que son dañinas, tales razones no son directamente aplicables para justificar la prevención de más acciones inocuas. Cuando tenemos frente a nosotros a quien, sabiendo que conducir a más de noventa kilómetros por hora constituye un delito, ha ejecutado tal conducta en condiciones en que no se genera riesgo alguno, podríamos razonar que, puesto que él asumió libremente la responsabilidad penal correspondiente, no parece haber objeciones valederas en contra de su punición; en todo caso él no fue impedido de ejecutar la acción, y el daño que se le inflige podría ser insignificante en comparación con los daños sociales que podrían prevenirse. Pero, cuando advertimos que por medio de esa pena, también estamos disuadiendo de realizar una indefinida cantidad de acciones futuras similarmente inocuas, tenemos que hacer otros cálculos, que tomen en cuenta también el daño que acaso pueda causar a sus agentes la abstención de tales acciones, y una variedad de otras consecuencias. Esto es aún más claro cuando la acción que es objeto de pena y las acciones potenciales análogas que se disuaden como consecuencia de tal pena, no son solamente inocuas, sino positivamente beneficiosas, en relación a otros bienes sociales que el derecho protege. Podemos, por ejemplo, concebir un caso en que se conduce a velocidad prohi-

bida, en un camino desierto, para salvar la vida de otra persona. Naturalmente, los casos más frecuentes de necesidad son aquellos en que la acción que se ejecuta es perjudicial o peligrosa, pero es también el medio idóneo para prevenir un mal mayor. Generalmente se reconoce que no se deben disuadir estas últimas acciones; lo mismo parece que debería admitirse, *a fortiori*, en el caso de las acciones que no fueren dañinas o peligrosas en absoluto (sean beneficiosas o inocuas).

En segundo lugar, aunque es verdad que asignar penalidades a los actos que van contra "la letra de la ley" pero no causan el daño o peligro que quiere ella prevenir, puede ayudar a disuadir la comisión de otros actos que sean realmente dañinos o peligrosos, este beneficio es hasta cierto punto artificial. Tal efecto disuasor funciona bajo el supuesto de que la norma penal se aplica a todas las acciones que reúnan las propiedades explícitamente mencionadas en su descripción, independientemente del carácter beneficioso, neutro o perjudicial de tales acciones. Pero la prevención, si realmente se logra, es probable que se obtendría en la misma medida bajo el supuesto contrario. Muchos creen que lo mejor para matar una mosca es usar un cañón y que si se castiga más acciones que las indispensables, el efecto de la prevención aumentará sobre estos últimos actos. Sin embargo, esto es solamente válido cuando los actos inocuos punibles facilitan de alguna manera la realización de actos dañinos y son por tanto, peligrosos. Cuando así no ocurre, no hay razones válidas para presumir que la prevención de una clase específica de actos se logrará mejor si reprimimos una clase más amplia de actos que comprende a la anterior; el posible incremento de la eficacia preventiva de la pena será correlativo con el exceso en el número de actos que se previenen sobre los que se quiso prevenir en primer lugar. Esto tiene consi-

derable importancia, ya que se relaciona con los requisitos prudenciales para justificar la pena sobre la base del principio de la protección social: mientras haya otra forma de reducir daños sociales que sea más económica en la generación de otros daños (porque supone que se castiga a menos gente y se impide a menos gente realizar acciones inofensivas), es irracional preferir el curso de acción más perjudicial. El derecho debería ser un instrumento lo suficientemente delicado como para prohibir tan sólo aquellas acciones para cuya prevención fue creado.

En tercer lugar, no verificar en cada caso si la acción es realmente perjudicial o peligrosa hace que el respeto de los individuos hacia la ley penal se reduzca, deteriorando, en última instancia, el efecto disuasor de la pena. Evidentemente, cuando la gente llega a advertir que se penan acciones que son inocuas o hasta beneficiosas por el mero hecho de que violan "la letra de la ley", se oscurece la percepción de las razones para apartarse de cierto curso de acción que inspiraron la sanción de la ley. Así, en el mejor de los casos, no sólo se tiende a obedecer mecánica y superficialmente las prescripciones legales, como realizando algún ritual impuesto por una deidad inescrutable, sino que se genera una vocación por la chicana, aprovechándose de los intersticios de la ley (que es exactamente lo mismo que se hace en la aplicación formalista de la ley). En el peor de los casos, los individuos sentirán falta de respeto y resentimiento contra la ley y propenderán a justificar su violación.

Estos argumentos sostienen la idea de que el derecho penal debería aplicarse de una manera que implicara verificar que el daño o peligro que la ley está destinada a prevenir se haya producido en el caso concreto. Esto supone un modo de aplicación de las normas jurídicas que tome en cuenta la razón que determinó su sanción. Pueden formularse, sin embargo, varias objeciones importan-

tes a esa modalidad general de aplicación de las normas jurídicas. Dedicaré al estudio de algunas de ellas la sección siguiente.

b) Algunas críticas a la práctica de aplicar normas jurídicas tomando en cuenta su razón o finalidad

Una de las más obvias objeciones que se oponen a la práctica propuesta se apoyaría en el tradicional rechazo de la originalidad y discrecionalidad judiciales. Se puede sostener que esta técnica implica una burla a la legislación, ya que permite a los tribunales desatender el mandato legislativo al omitir (en el derecho penal) reprimir ciertas acciones cuando su propia evaluación de dichas acciones los lleva a concluir que no son perjudiciales o peligrosas. Este procedimiento desplazaría la tarea de formular juicios de valor sobre la adecuación social de distintas conductas, que pertenece propiamente a las instituciones que son políticamente responsables ante el pueblo, a órganos no elegidos por medios democráticos. Podría alegarse, además, que la propuesta implicaría un apreciable grado de incertidumbre, al hacer difícil predecir (en el derecho penal) cuáles serán las acciones que se penarán. Más aún, podría sostenerse que si se generalizara esta modalidad de juzgamiento desaparecería el derecho como un sistema de normas, ya que si se permite a los tribunales decidir en cada caso si es aplicable la razón que justifica una norma, es como si no existieran tales normas. A esto pueden añadirse las bien conocidas dificultades de un sistema de administración de justicia basado en la apreciación de los méritos de cada caso²⁷.

Estas críticas plantean problemas cruciales que no puedo tratar debidamente en esta obra. Haré, sin embar-

²⁷ Ver Wasserstrom, R., *The Judicial Decision*, Stanford, 1972, especialmente el cap. V.

go, algunas sugerencias para demostrar que esas objeciones distan mucho de ser convincentes. Los argumentos más fáciles de abordar son los que fueron expuestos al final, así que revertiré el orden de la discusión en lo que sigue.

Primero, no parece cierto que las normas se desvanecerían si la razón para su creación legislativa fuera tomada en cuenta por los órganos de aplicación. Esto sucede cuando la validez de tal razón se contrapone en cada caso a otras posibles razones y el caso se decide según su mérito²⁸. Pero la situación es bastante diferente cuando el juicio se restringe a decidir si la razón para la sanción de la norma es aplicable o no al presente caso. Veamos la siguiente analogía: un maestro ordena a un alumno que le traiga una tiza de la bedelía con la obvia implicación de que quiere escribir en el pizarrón, que no hay tiza en el aula, etcétera. Evidentemente, si el alumno sopesa el deseo del maestro en contraste con otras razones en pro y en contra de ir hasta la bedelía (tal vez no quiere perder parte de la lección), no toma como una orden lo que el maestro dijo. En cambio, si el alumno se limita a considerar cómo satisfacer mejor el propósito que el maestro tuvo para dar la orden, y decide, por ejemplo, que servirá mejor a ese propósito dando al maestro la tiza que tiene en su bolsillo, o advirtiéndole de antemano que no hay tizas en la bedelía, o buscando la tiza en otra aula en vez

²⁸ En este tema tomaré especialmente en cuenta las posibles objeciones que podrían basarse en los muy interesantes argumentos desarrollados por J. Raz en *Practical Reasons and Norms*, Londres, 1975. Raz define las normas prescriptivas como "razones exclusionarias", es decir como razones de segundo orden para abstenerse de actuar por alguna razón; expresamente señala que, cuando aquél a quien se dirige la norma, actúa haciendo el balance de todas las razones relevantes no trata a la norma como tal (por ejemplo, p. 83). Raz no discute el caso en el que el destinatario de una norma actúa según su juicio acerca de si la acción prescripta satisface la razón por la que se sancionó la norma. Parece que en este caso la persona en cuestión puede estar tratando aún la norma como una razón exclusionaria.

de trasladarse a la bedelía, ha tomado la orden seriamente, esté equivocado o acertado en su apreciación de aquello que mejor sirva al propósito. Lo mismo acaece con las promesas; varias veces se ha señalado²⁹ que si el promitente sopesa las distintas razones en pro y en contra de la acción prometida, tal vez mediante un cálculo utilitario, no tomaría en serio la promesa; si esta actitud se generalizara, la práctica de prometer desaparecería. Sería diferente si el promitente estimase si la acción prometida satisfaría las razones que tuvo el que requirió la promesa, o si en cambio, las circunstancias son tales que se necesitaría otra acción diferente, o que ninguna acción —ni incluso la prometida— servirá al propósito de aquel con quien se comprometió. Si actuara así, consideraría aún la promesa como una fuente de obligaciones. Así, pues, se puede concluir que tomar en cuenta, en el cumplimiento de las normas, las razones que llevaron a su sanción legislativa, o que la justifican, es compatible con el hecho de considerarlas como normas y hasta con el de describir la conducta que satisface a aquellas razones subyacentes como una conducta que se ajusta a la norma. Tal vez no estemos de acuerdo en que esta modalidad de conformidad con las normas sea adoptada por los tribunales en relación a la legislación; pero éste es otro asunto diferente que estudiaremos más adelante.

En segundo lugar, el argumento acerca de la incertidumbre que esta modalidad de aplicación de normas implicaría en el derecho penal, también puede rebatirse. Lo que se propone no es que se castigue toda acción que cause el daño o peligro que el derecho está destinado a prevenir, sino que ninguna acción *que esté prevista por la ley penal* sea reprimida si no genera ese daño o pe-

²⁹ Ver, por ejemplo, Rawls, J., *Two Concepts of Rules*, en "Philosophical Review", vol. 64, 1955.

ligro. El requisito subrayado es una consecuencia del principio de asunción de la pena y nada de lo antedicho aconseja su abandono³⁰. La propuesta de que hablamos impone una condición *adicional* de responsabilidad que no excluye las otras condiciones necesarias ya justificadas. De este modo, se preserva la certeza allí donde es necesaria, es decir en beneficio de los posibles destinatarios de la pena. Además, es evidente que la generalización de esta modalidad de aplicación de normas sería en sí misma una guía suficiente para determinar de antemano, con cierta seguridad, cuándo una acción descrita por una ley penal va a ser reprimida y cuándo no.

Llegamos, finalmente, al punto más difícil: si esta modalidad de aplicación de normas excedería o no los límites aceptables de discrecionalidad y originalidad judiciales y si usurparía funciones conferidas a los órganos sujetos al control democrático. La cuestión parece muy difícil, principalmente, porque va asociada con muchos otros problemas. Sus ramificaciones se extienden a la teoría de la democracia, al carácter de las reglas de reconocimiento que los tribunales siguen, a la cuestión de si los tribunales tienen deber o una mera autorización para castigar a los delincuentes; los problemas conceptuales y pragmáticos referentes al propósito legislativo, etcétera. Muchos de estos temas deberían ser objeto de una teoría general de la administración de justicia que no puedo bosquejar aquí. Creo, sin embargo, que el presente tema puede ser acotado y que su tratamiento no es tan engorroso como parece serlo a primera vista.

Es conveniente distinguir casos diferentes en los que

³⁰ Zaffaroni, ob. cit., p. 448, rechaza un criterio como el que aquí se expone, alegando que puede tener consecuencias deplorables, puesto que podría revertirse para negar el principio de legalidad; pero esto implicaría desconocer que las razones detrás de este criterio son razones para limitar la punibilidad y no para expandirla. Ver la opinión de Carrara, citada en la nota 34.

podría decirse (en el contexto del derecho penal) que una acción que aparentemente encuadra dentro de la descripción legal, no es una de las que el derecho quiere prevenir.

Una situación se presenta cuando el lenguaje de la ley es vago o ambiguo y, así, permite algunas interpretaciones que pueden tener por resultado incluir bajo la descripción del delito acciones que el derecho no trató de reprimir; sostener en estos casos que los tribunales deberían tomar en cuenta las razones que fundamentan dicha ley no es algo revolucionario o excesivamente controvertido. Naturalmente, la controversia comienza cuando se enfrenta el problema de cómo reconstruir tales razones, pero éste es otro tema que trataré más adelante.

Otra situación aparece cuando ciertas expresiones de la formulación de la ley parecen haber sido usadas con un sentido diferente del que tienen comúnmente, de manera que si se las interpretara en su sentido habitual, la ley reprimiría conductas que no pretende disuadir. Dista mucho de ser evidente que una interpretación fiel de la ley deba necesariamente asignarle sentido según el uso común del lenguaje y sin tomar en cuenta el propósito del legislador. Esto no es lo que sucede en las normas u órdenes que estamos deseosos de obedecer fielmente en contextos ordinarios no jurídicos. Hasta en el caso de una orden militar o del mandato de un asaltante, no siempre seguimos ciegamente el uso común del lenguaje para asignar sentido a la orden: tomamos ese criterio interpretativo como una presunción refutable que estamos prontos a abandonar no bien tenemos algún indicio de que las razones o propósitos por los que se dio la directiva son solamente compatibles con una interpretación diferente. De manera que la oposición a la originalidad y discrecionalidad judiciales y el énfasis en la estricta subordinación de la judicatura a los órganos legislativos no nos lleva necesariamente a condenar el apartarse del sentido ordinario

del lenguaje legal teniendo en cuenta las intenciones del legislador³¹. Puede objetarse, sin duda, que ese apartamiento crea incertidumbre para quienes son afectados por la ley correspondiente. Esta objeción no sólo es válida, sino que tiene apoyo en el principio de asunción de la pena, que —como merece recordarse— implica el requisito de que los individuos sean capaces de prever que el curso de acción que están por emprender podría ser objeto de pena. Pero este requisito suministra a los procesados potenciales una defensa sin implicar necesariamente un criterio absoluto de interpretación del lenguaje de la ley. Puede sostenerse que una cierta ley tiene un significado diferente del que surge de los usos corrientes del lenguaje y concederse una defensa a quienes resultaron desorientados por la divergencia y, consecuentemente, no pudieron aprehender adecuadamente el contenido de la ley.

Una tercera clase de situaciones, que ilustran la mayoría de los ejemplos dados al comienzo de esta exposición, no está directamente conectada con la interpretación del texto legal. Podría admitirse que el lenguaje de la ley es claro y que no hay dudas acerca de la coincidencia entre el sentido que pretendió otorgarle el legislador y el del uso común; sin embargo, podría argumentarse que la ley fue solamente concebida para prevenir los actos que abarca su descripción cuando se combinaran con ciertas propiedades, o con la ausencia de ciertas propiedades que, por alguna razón, no se incluyeron en la descripción. El requerimiento de que en estos casos los tribunales tomen en cuenta las razones subyacentes a la ley, puede presentarse como una tesis interpretativa en el sentido de que el texto de la ley se lea como si exigiese la presencia o la ausencia de las propiedades que se consideran relevantes

³¹ Ver Fuller, Lon, *El caso de los exploradores de cavernas*, tr. G. R. Carrió y L. Niilus, Bs. As., 1961, p. 31-32, para una argumentación análoga.

para su propósito. Esta sería, sin embargo, una forma tortuosa de formular el requisito que estudiamos; es más correcto decir, en cambio, que la ley debe *aplicarse* tomando en cuenta las razones por las que fue creada, de manera que una acción que la ley no trata de prevenir no debe ser penada. Esta formulación del requisito comprende *a fortiori* aquellos casos en que sea razonable interpretar el lenguaje de la ley según las razones que la sustentan.

Es en relación con esta clase de situaciones que es más relevante el estudio de las posibles maneras de reconstruir las razones para la sanción de la ley. Hay dos alternativas principales: una más ambiciosa, que consiste en aplicar la legislación penal de acuerdo con las razones o políticas que *mejor la justificarían*; y otra más tímida, que sería atenerse a las razones que históricamente han sido tomadas en consideración por el legislador. No dilucidaré cuál de estas alternativas es preferible, ya que este tema corresponde a una teoría general de la interpretación: la primera deberá enfrentar muchas objeciones relacionadas con la separación de los poderes, la necesidad de uniformidad en las decisiones judiciales, etc.; la segunda es menos vulnerable a las críticas derivadas de esos problemas, aunque debe superar la dificultad de determinar en qué consiste la razón o propósito real que subyace a una ley en particular³².

Tal vez existan también alternativas intermedias, tales como la que asignaría una mayor importancia a los pro-

³² Ver el interesante estudio de los problemas conceptuales relacionados con este debatido tema en MacCallum, jr. G. C. *Legislative Intent*, en Summers, ed., "Essays in Legal Philosophy", cit., p. 237. Estoy de acuerdo con el enfoque sugerido por éste y otros trabajos en el sentido de que el concepto de la intención del legislador es una construcción lógica (expresión que MacCallum no usa, pero sí lo hacen otros autores de la misma orientación). Este enfoque difiere totalmente del que considera que la intención del legislador es una especie de ficción.

pósitos reales de la legislación más reciente y un peso mucho menor a las finalidades que se pretendió servir con leyes antiguas, que serían reconstruidas tomando en cuenta las políticas y propósitos expresados por la legislación actual. Las dificultades de estas diferentes alternativas constituyen desafíos que se deben afrontar una vez que se acepte que no hay objeción fundamental a la aplicación de normas jurídicas basada en las razones que subyacen a su sanción. Además de los argumentos ya expuestos, creo que la posible resistencia a esta modalidad de aplicación deriva de la idea de que ella implica necesariamente una "desviación" de la ley. Como dije anteriormente, hay modos de conformidad a las normas y órdenes que son perfectamente compatibles con la apreciación de si las razones que las sustentan quedan o no satisfechas por la conducta prescrita. Debemos admitir que éste no es el único modo concebible de conformidad normativa; por ejemplo, no es el modo de conformidad que requieren justificadamente las regulaciones militares. En relación a éstas, ajustarse a la letra del mandato constituye un valor en sí mismo, independientemente de la satisfacción del propósito específico de aquél; por ejemplo, sirve para asegurar la necesaria disciplina militar (todos conocemos anécdotas concernientes a soldados premiados por hacer lo prescripto por una norma pese a que su obediencia frustró el propósito mismo de la norma, así como otras que relatan la situación inversa). Sostener que los jueces tienen que someterse a los dictados de los órganos democráticos es obviamente convincente, pero no debe necesariamente inferirse de ello que los jueces deban adoptar un estilo militar de observancia de las normas jurídicas.

A pesar de estos argumentos, puede presentarse una objeción de distinto carácter contra la posición que defendiendo aquí. Ella hace hincapié en las desventajas prácticas que, en algunos casos, surgen de tomar en cuenta

la razón de la legislación penal para su aplicación. A fin de apreciar debidamente la fuerza de esta crítica, recuérdese que los argumentos en pro de esta práctica no estuvieron relacionados con consideraciones de equidad o justicia sino que eran de carácter utilitario. Por lo tanto, la eventual demostración de que la práctica defendida produciría —en algunos casos— más daño a la sociedad que beneficios, debe necesariamente tener éxito en justificar excepciones a la práctica. Los inconvenientes que esta práctica puede generar se relacionan con el hecho de que en muchos casos es fácil errar en la apreciación, tanto de la clase de daño que la ley está destinada a prevenir como de la posibilidad de su materialización en el caso concreto. Aunque un juicio erróneo de esa especie no determina una justificación para la acción, la aplicación del principio de asunción de la pena determina necesariamente, como veremos, una excusa para el agente. La existencia de tal excusa puede conducir a los individuos a actuar confiadamente según su juicio, en casos en los que ese juicio está sumamente expuesto a error. Además, en otros casos (como el de cumplimiento de la señalización del tránsito), lo necesario es una instantánea reacción sin deliberación previa; la deliberación misma acerca de si la acción podría ser dañosa o peligrosa puede ser ella misma causa del daño o peligro que la ley trata de precaver. Estas desventajas son reales y deberían ser contrapesadas con los inconvenientes señalados de aplicar la legislación penal sin tener en cuenta si se ha frustrado o no el propósito con el que fue sancionada. Cuando la política de la ley es oscura, el daño causado por la represión de futuras acciones inocuas no es muy grande, el juicio sobre la dañosidad o peligrosidad del acto está expuesto a error, y lo necesario es una reacción instantánea sin mucha deliberación, las desventajas del sistema propuesto parecen

mayores que sus beneficios³³. Sin embargo, un examen más cuidadoso del problema muestra que la mayoría de los inconvenientes mencionados no surgen a causa de la práctica de tomar en cuenta si se frustró o no el objetivo de la ley, sino por presuponer que en esos casos problemáticos el alcance de la razón subyacente a la norma jurídica no es coextensivo con el contenido de ésta. Este supuesto puede a veces no estar justificado. He mencionado ciertos factores que pueden generar una divergencia entre la clase de acciones que la ley está destinada a prevenir y la clase de acciones descripta por el precepto penal. Pero esos factores no siempre se dan y hay muchas leyes que están destinadas a prevenir exactamente las acciones que describen. Por ejemplo, una ley penal que declare punible la omisión del pago de impuestos está probablemente inspirada por una política cuya descripción implicaría mencionar una clase de acciones coextensiva con la descripta en la ley (aunque incluso aquí podría haber casos específicos en los que el pago del impuesto frustraría el propósito obvio de la ley de recaudar fondos y resultaría una pérdida neta para el erario). Más aún, hasta en los casos en que la articulación de la política o razón de la ley muestra que el objetivo último es prevenir acciones que tienen alguna consecuencia dañina que no está caracterizada en la descripción legal, podría haber motivos para suponer que el propósito de la ley fue lograr ese objetivo mediante la prevención de *todas* las acciones que tuvieran exactamente las propiedades mencionadas en esa descripción. Una razón para ese efecto está dada por las consideraciones precedentes; cuando la deliberación del agente acerca de si la acción descripta será o no perjudicial o peligrosa está sumamente expuesta a error, o es auto-frustrante, es razonable presumir que la ley trata

³³ La presente objeción me la planteó lúcidamente el profesor Hart.

de proscribir todas las acciones que caen bajo la descripción legal, sobre la base de que la probabilidad del daño aumentaría si se permitiera a los individuos estimar esa probabilidad. En estos casos hay un peligro implícito en la deliberación misma de los posibles agentes, y la ley puede haber tratado de prevenir ese peligro mediante la ampliación de la clase de acciones proscriptas. Esta es una interpretación razonable de leyes como la que reprime la violación de la señalización del tránsito; en este caso la violación cometida en la creencia de que la acción no es peligrosa, es en sí misma peligrosa. Esta interpretación no es de ningún modo legítima en una amplia variedad de casos en los que no hay razón para atribuir al legislador el propósito de alcanzar la prevención de una cierta clase de acciones por medio de la proscripción de otra clase más amplia. En consecuencia, la hipótesis de una divergencia no querida entre la política y el contenido de la ley resulta razonable. Consideraciones similares, aunque no idénticas, son aplicables cuando la política de la ley es sumamente oscura y controvertible. Entonces, la suposición de que cualquiera que fuese el objetivo último de la ley, trató ella de satisfacerlo mediante la prevención de todas las acciones que caen bajo su descripción, podría defenderse con fundamento en la probabilidad de frustrar este objetivo final si se permitiera a los individuos actuar según controvertibles hipótesis acerca del propósito legal específico. Esto no es tampoco algo que estemos autorizados a inferir en la mayoría de los casos en que hay fundamentos razonables para reconstruir la política de la ley.

Estas consideraciones no tienen otro efecto que mitigar la fuerza de la objeción que venimos estudiando; no pueden descalificar totalmente esa objeción por la razón muy simple de que todo principio basado en una justificación utilitarista está sujeto a un cierto equilibrio entre beneficios y desventajas que puede ser alterado por cir-

cunstancias fácticas contingentes. En particular, los beneficios que pueden surgir de la práctica aquí propuesta dependen en gran medida de patrones de disposiciones y actitudes de los individuos que están sujetos a amplias variaciones; tal práctica requiere un considerable grado de racionalidad en los legisladores, manifestado en una representación más o menos clara de las políticas que persiguen, y una más o menos efectiva capacidad de aprehender esas políticas por parte de los jueces y del público. En muchos casos la realidad dista mucho de satisfacer estas aspiraciones. Por otra parte, aunque el estilo militar de conformidad normativa es un ideal poco atractivo para que se lo adopte para *todo* el sistema jurídico, él no carece de justificación; las razones para admitirlo en el contexto militar bien podrían ser aplicables en algunos sectores del derecho que quedan fuera de ese contexto. El principio que presentaré en la próxima sección (c) es válido únicamente en la medida que los beneficios de su observancia general no estén sobrepasados por la clase de desventajas a que recientemente aludíamos. Al exponer las consecuencias de la presente teoría, voy a presumir la validez de este principio y su combinación con el principio de asunción de la pena. Si esa validez tuviera que ser limitada, excluyendo de su ámbito de aplicación ciertas áreas del derecho penal, la teoría resultante debería operar, en esas áreas, solamente sobre la base de los otros principios estudiados, sin las ventajas que surgen de su combinación con el presente principio. En cuanto a este principio, lo que es interesante no es tanto defenderlo, ya que es relativamente bien conocido y ha sido objeto de muchas exposiciones doctrinales³⁴, sino más bien mostrar cuáles podrían ser las consecuencias de una teoría general del delito que lo adoptara.

³⁴ El principio en cuestión, que no es otro que el que se suele expresar

c) *El principio de "enantiotelidad"*

El principio de que la aplicación del derecho penal debe tomar en cuenta si la acción en el caso particular fue una de las que la ley trata de disuadir, implica —cuando ese derecho tiene por objeto la prevención de acciones perjudiciales o peligrosas— una condición adicional de la responsabilidad penal que puede formularse así: una acción es punible solamente cuando causa el daño o peligro que la ley está destinada a prevenir. Este requisito es similar al establecido, en el derecho civil, por la teoría del "alcance de la norma" (una de cuyas variantes es la doctrina alemana del *Schutzzweck der Norm*³⁵). En el derecho penal este requisito ha sido expresamente recogido por el Código Penal Modelo del American Law Institute³⁶.

con la máxima *cessante legis ratione cessat eius dispositio* (y que se propone que sea observado seriamente en la aplicación de las normas penales y no meramente tomado en cuenta como una guía interpretativa), ha sido defendido por Carrara con estas palabras: "...Cuando se le quiere reprochar a un ciudadano el haber *violado la ley*, hay que atenerse a la letra, porque un particular no tiene conciencia de delinquir si la letra está muda, y no le toca a él ir más allá de la letra. Luego, cuando se trata de aplicar la pena, hay que atenerse al *espíritu* de la ley, porque sólo en éste se encuentra la *voluntad* del legislador, y no basta que la letra haya inducido al ciudadano a creer que cometía un delito al realizar un acto, si el legislador *no ha querido* que éste sea castigado... No se castigue ninguna acción que no esté castigada por la letra, aunque parezca estarlo por el espíritu, porque falta en el agente la voluntad criminosa; ni se castigue una acción que el legislador no quiere castigar, aun cuando recaiga bajo la letra, porque falta en ella la voluntad del legislador..." (ob. cit., vol. 2, § 887, p. 360-361). Difícilmente podría expresarse con más elegancia el principio que aquí se expone y mostrarse cómo él se combina con el principio de asunción de la pena.

³⁵ Ver Honoré, *Causation and Remoteness of Damage*, citado, p. 60 y siguientes.

³⁶ La adopción de este principio es una de las características más importantes de este Código. Aparece en la sección llamada *De minimis infractions* (2. 11). La subsección (2) dice: "[El tribunal rechazará la acusación si, teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción y la de las circunstancias concomitantes, determina que la conducta del acusado] *no causó o amenazó efectivamente el daño o mal que la ley buscó prevenir al definir el delito o si lo hizo solamente en una medida demasiado trivial para que*

A falta de mejor nombre he resuelto calificar las acciones que la ley está destinada a prevenir o, en otras palabras, que van contra la política o propósito central de la ley respectiva, de “enantiotélicas” (del griego *enantíos*,

justifique la condena”. Este simple precepto distingue este Código de todas las modernas sistematizaciones del derecho penal que conozco. Ni el reciente Código Penal de Alemania (1975) contiene un precepto de esta naturaleza, pese a que la antigua noción continental de antijuridicidad, una vez expurgada de sus connotaciones metafísicas, puede interpretarse que implica este principio. El nuevo Código alemán usa la noción de antijuridicidad (por ejemplo, al tratar del error de derecho), pero no requiere explícitamente que la acción punible sea antijurídica ni define esta noción. El precepto del Código Penal Modelo es más meritorio todavía porque caracteriza la defensa que crea sin referencia a las actitudes subjetivas del agente, concepción “objetivista” que defenderé más adelante, en este mismo capítulo. Desgraciadamente el Código fracasa en dar al principio de la subsección 2.12 (2) el *status* de fundamento básico para las causas de justificación, como se muestra por la inserción del precepto en la sección de la culpabilidad. En efecto, la sección dedicada a las causas de justificación no está encabezada por este principio sino por otro —subsecc. 3.02 (1)— que abarca en realidad casos más específicos que el primero y debería encararse como una derivación de este principio general. Más aún, este último principio más específico está erróneamente concebido en términos subjetivos (recurriendo a las creencias del agente), y así están caracterizadas las justificaciones particulares, las que se regulan a lo largo de la secc. 3. En forma bastante extraña la única defensa que está caracterizada como debería serlo una causa de justificación —es decir, con independencia de las creencias del agente y de conformidad con el principio de la subsecc. 2.12 (2)—, es la de consentimiento —subsecc. 2.11 (1)— ¡que está incluida en la sección sobre la culpabilidad y se encara como excusa! Pero nuevamente, siguiendo el buen camino, el Código extrae del principio de la subsecc. 2.12 (2) precisamente la consecuencia correcta con referencia al alcance del conocimiento exigible al agente, que también defenderé en este capítulo. La subsecc. 1.13 (10) define “elemento material del delito” como “una circunstancia que está conectada, ya con el daño o mal, provocado por la conducta, que la ley que define al delito busca prevenir, ya con la existencia de una justificación o excusa para esa conducta”; y, concordantemente, todas las actitudes subjetivas que pueden fundamentar responsabilidad penal se refieren a elementos materiales del delito; ver subsecc. 2.02 (1) y siguientes. Esta fórmula es más directa y clara que la implícita en el concepto continental de tipo que cumple (bajo cierta interpretación) la misma función de delimitar el alcance de las actitudes subjetivas. El único defecto de la fórmula es que incluye circunstancias conectadas con excusas dentro de los elementos materiales del delito. Como lo demostraré más adelante, esto es erróneo, ya que no hay motivo para requerir conocimiento de los hechos que fundan las excusas; creo que castigar, por ejemplo, a quien erróneamente se cree cleptómano, no es objetable.

contra, y *telos*, finalidad, objetivo, propósito) ³⁷. Como sustantivo abstracto para la propiedad correspondiente usaré el término “enantiotelidad”, y, en consecuencia, al principio propuesto lo llamaré “principio de enantiotelidad”.

El principio no requiere directamente que una acción punible sea perjudicial o peligrosa, sino que sea una de las que la ley está dirigida a prevenir. Como dije, la primera exigencia más específica es una consecuencia del principio cuando éste es aplicado a una legislación penal que satisface (o se puede interpretar que satisface) el requisito liberal de que las leyes deben estar dirigidas a prevenir solamente las acciones dañosas o peligrosas para terceros. La formulación más genérica del principio nos permite aplicarlo incluso cuando la legislación trate de disuadir acciones que no perjudiquen a terceros. A veces, sin embargo, asumiré que la legislación penal está destinada a precaver acciones dañosas y hablaré de “dañosidad” como equivalente de “enantiotelidad”.

Quiero destacar que el concepto de enantiotelidad cumple muchas de las funciones que cumple a su vez la noción de antijuridicidad en la teoría continental del delito. No se trata de una mera coincidencia, sino el resultado de que al introducir aquí tal concepto lo hago impulsado por la idea de que la noción de antijuridicidad tiene aspectos que merecen ser rescatados y que, una vez adecuadamente depurada y precisada, puede jugar un importante rol en la teoría del delito. Reemplacé “antijurídico” por “enantiotélico” y “antijuridicidad” por “enantiotelidad” porque los términos usados por la teoría con-

³⁷ Estoy en deuda con el profesor A. M. Honoré por sugerirme esta palabra y el correspondiente sustantivo abstracto. Acertadamente me señaló los peligros de una interpretación equívoca de haber usado, como quise hacerlo al principio, los términos de “antijurídico” y “antijuridicidad”, cuyos equivalentes en alemán, italiano y español son utilizados por la teoría continental con referencia a ideas de alguna manera afines con las que expongo.

tinental del delito no expresan unívocamente la idea de oposición al propósito o política de las normas penales.

Mi alejamiento de la noción de antijuridicidad no es meramente terminológico. Es difícil encontrar una exposición doctrinal que recurra a los argumentos aquí presentados en defensa del principio de enantiotelidad, cuando se fundamenta la antijuridicidad en los modernos textos continentales³⁸; en verdad, los autores contemporáneos muy raramente ofrecen una fundamentación substancial del requisito de la antijuridicidad. Además, aunque la noción de antijuridicidad no es enteramente ajena a la consideración de los objetivos de las leyes penales, casi nunca se la expone en estos simples términos; se la asocia, en cambio, con la lesión a "bienes jurídicamente protegidos" definidos en forma metafísica y abstracta, o con la violación de etéreas "normas", tan imprecisamente caracterizadas, que es casi imposible decidir si una acción típica es o no antijurídica, salvo en los casos en que está protegida por una causa de justificación admitida por el sistema jurídico.

³⁸ Cuando Soler expone el tema de la antijuridicidad, ob. cit., t. I, p. 352, expresamente se rehúsa a identificarla con la llamada "antijuridicidad material" que requiere la producción de un daño social. Sus argumentos, que dirige contra autores como Carnelutti y Ferri, son acertados en cuanto se refieren a la impropiedad de erigir la producción del daño en *característica definitoria del concepto de delito*. Pero una cosa es proponer eso, y otra muy distinta es proponer, como aquí se hace, que la producción del daño o peligro que la ley trató de prevenir se tome en cuenta como condición para adjudicar responsabilidad penal; ésta no es una tesis acerca del concepto de delito sino una tesis de política criminal *de sententia ferenda* acerca de cómo deben aplicarse las normas que estatuyen delitos. Las críticas de Soler muestran la inadecuación de la tendencia iusnaturalista de definir ciertos conceptos jurídicos básicos mediante propiedades que se requieren por razones axiológicas; pero lo mismo ocurre, en realidad, con la definición dogmática de "delito" (ver la exposición que se hizo en el cap. I, parágrafo C, b de este trabajo).

Ricardo C. Núñez, *Derecho penal argentino*, Bs. As., 1959, t. I, p. 301, parece acercarse a la explicación del texto, cuando sostiene, p. 296, que la antijuridicidad está conectada con la "razón de la emisión del precepto penal" y con la "perjudicialidad de la acción", pero su pensamiento toma después otros rumbos y no extrae las consecuencias de aquella idea.

El requisito de antijuridicidad es en la actualidad casi totalmente vacío; una acción típica se convierte automáticamente en antijurídica si no entra en la nómina reconocida de las causas de justificación; “antijuridicidad” se ha convertido en sinónimo de falta de justificaciones legalmente admitidas. En pocos casos la mera inocuidad de la acción (como diferente del mero hecho de que la acción previene daños mayores o está expresamente autorizada por la ley) ha sido reconocida como excluyente de la antijuridicidad y, por lo tanto, de la punibilidad de la acción. Además de esta diferencia el concepto de enantiotelidad difiere de la moderna noción de antijuridicidad —como veremos—, en que no depende de las actitudes subjetivas del agente; en este sentido está más próxima a la concepción de antijuridicidad de Beling.

Me inclino a adoptar una manera de hablar que rescata algunas ventajas pragmáticas que se presentan en el lenguaje continental de la antijuridicidad desde que Binding propuso su “teoría de las normas”, desechando al mismo tiempo la metafísica que se esconde tras de ese lenguaje. Los propósitos de una ley penal pueden ser representados como una especie de norma que proscribe la clase de acciones que la ley trata de prevenir³⁹. Si el propósito de la ley que prohíbe el tránsito de vehículos en los paseos públicos es prevenir el daño o peligro de daño para su vegetación, entonces la norma que subyace a tal ley proscribirá las acciones que tengan este efecto. Si el principal objetivo de una ley penal contra la violación es proteger la autodeterminación en materia sexual,

³⁹ Al parafrasear el posible contenido de esta clase de normas prefiero usar el no comprometido verbo “proscribir” en vez de otros obvios verbos deónticos, tales como “prohibir”. No quiero tratar el problema de la clasificación de estas normas como prescripciones, juicios de valor u otra clase posible de juicios prácticos. Además, las adscripciones de enantiotelidad admiten, como veremos, comparaciones cuantitativas, lo que parecería raro si estas normas fueran formuladas como prohibición de ciertas acciones.

podría representársela como una norma que proscribe las acciones que coartan dicha autodeterminación (en mi terminología tales acciones son “enantiotéticas”). Estas normas se llamarán “normas de enantiotelidad”⁴⁰.

Los propósitos que persiguen las distintas leyes penales pueden ponerse en orden de prioridad. Es obvio que el objetivo de prevenir homicidios es más urgente que el de prevenir infracciones de tránsito y que, en el caso hipotético de un conflicto entre estos objetivos, la satisfacción del primero debe preferirse a la del segundo. Más adelante sugeriré un criterio sencillo de graduación de las normas de enantiotelidad. Podemos decir, en consecuencia, que un acto es “más enantiotético” que otro cuando la norma de enantiotelidad que infringe el primero es más importante que la que infringe el otro acto.

Puede darse también el caso de que un mismo acto infrinja la norma de enantiotelidad que subyace a cierto precepto penal, pero sea, al mismo tiempo, un medio necesario para satisfacer el objetivo de otra ley penal. Así,

⁴⁰ El contenido de estas normas debe tener, naturalmente, una cierta relación sistemática con el de la correspondiente ley penal. Una norma de enantiotelidad no representaría la razón subyacente a cierta ley penal si no proscribiera alguna de las acciones que esta última establece como condición de la penalidad prescripta. Esta relación podría confundirse con la que Kelsen estipula entre sus normas “primaria” y “secundaria” (ver Kelsen *Théorie pure du droit*, 2ª ed., París, 1962, p. 154), pero esta asimilación sería errónea. Para Kelsen la norma secundaria se construye mecánicamente agregando un operador deóntico de obligatoriedad a la omisión del acto que es el antecedente de la sanción en la norma primaria. Las normas con pluralidad de antecedentes ponen en dificultades a Kelsen (dado el absurdo de sostener que los actos opuestos a todos ellos son obligatorios) y estas dificultades se reflejan en los fallidos intentos de Kelsen para dar una definición adecuada de “delito”. La normas de enantiotelidad, en cambio, no se refieren a todas las acciones que la legislación penal erige en condiciones necesarias de la pena, sino solamente a aquellas que la ley trata de precaver. De este modo podría clarificarse el problema de la definición del delito. Evidentemente, Kelsen no adopta esta forma sencilla de salir del problema porque rehúsa caracterizar los conceptos jurídicos básicos según los propósitos de los legisladores (ver en relación a este tema, Nino, C. S., *La definición de delito*, en “Notas de filosofía del derecho” vol. V, 1969, y Raz, J., *The Concept of a Legal System*, Oxford, 1970, p. 87.

el carácter enantiotélico del acto no debe determinarse por la mera verificación de que está en oposición con una cierta norma de enantiotelidad; hay que considerar también la posible relación del acto con otras normas de enantiotelidad.

El carácter enantiotélico de un acto es también similarmente afectado por su relación con los objetivos de las reglas permisivas del sistema jurídico. Si el acto proscrito por una norma de enantiotelidad es uno de aquellos que un precepto permisivo autoriza, puede no ser enantiotélico, según la importancia relativa de la razón para permitir tal clase de actos. Estas observaciones hacen poco más que reformular proposiciones familiares en la nueva terminología de "normas de enantiotelidad".

Quiero agregar ahora otra calificación a la noción de enantiotelidad. Por razones que expondré en el próximo capítulo, es conveniente estipular que tiene que haber una cierta relación entre el carácter enantiotélico de una acción y el hecho de que ella constituya una forma de actuar irrazonablemente peligrosa. Como hemos visto, los preceptos de derecho penal pueden tratar de prevenir tanto acciones dañosas como acciones que conllevan riesgo de daño, aunque el daño no se produzca. Pero pienso que el primero de estos dos posibles objetivos de la legislación penal debería describirse ahora como un objetivo de prevención de acciones, no simplemente dañosas, sino de acciones que generan daños mediante procedimientos irrazonablemente peligrosos. Esto nos permitiría sostener que no toda acción que cause un daño proscrito es enantiotélica, sino que lo es únicamente cuando un modo de actuar irrazonablemente peligroso irroga ese daño.

Así, el automovilista que causa una muerte a pesar de que actuó con el debido cuidado, no comete una acción enantiotélica; como veremos más adelante, esto implica que su acción no hubiera podido ser debidamente impè-

dida ni siquiera por quien, con fundamento en una intuición injustificada, hubiera previsto la eventualidad del accidente. Por consiguiente, todas las acciones enantiotéticas implican la adopción de un procedimiento irrazonablemente peligroso. En algunos casos basta esta característica para que el acto sea proscripto por normas de enantiotelidad; en otros, el acto solamente está proscripto por esas normas cuando el procedimiento peligroso en él implicado se traduce en daños efectivos. Si la finalidad o propósito de la legislación penal se interpreta de esta manera, las normas de enantiotelidad presuponen normas de debido cuidado, es decir normas que determinan qué riesgos son razonables y cuáles no lo son en relación a ciertas actividades y objetivos sociales. Obvios ejemplos de estas normas son las que definen el cuidado debido en el tránsito o las que especifican las precauciones que deben observarse en el ejercicio de ciertas profesiones, como la medicina.

Otro rasgo de esta noción de enantiotelidad es también de gran importancia. Ya vimos que la concepción liberal del derecho penal implica que las conductas que deben proscribirse no se relacionan con cualidades morales de los individuos que suponen ideales de perfección humana, y, por tanto, que las intenciones y los motivos que indican perversidad moral no deberían ser relevantes para la definición de las situaciones que deben prevenirse. Los daños y riesgos que el derecho tiene que prevenir son independientes de cualquier determinación acerca del estado psíquico con que se los causó. Esto es también aplicable al requisito de que la acción del caso concreto sea dañosa o peligrosa. La razón de requerir enantiotelidad es ajena a las actitudes subjetivas del agente. Reprimir una acción que no vulnera los intereses protegidos por la ley (o que causa un daño que es necesario para evitar otro mayor) tiene efectos indeseables cualesquiera que sean las creen-

cias o intenciones del agente. Aunque éste creyera que la acción es dañosa o no advirtiera que prevenía un mal mayor o que el daño no era uno de los especialmente autorizados por el derecho, sería gratuito imponerle una penalidad; sería una restricción innecesaria para los fines de la prevención, una vez que los individuos llegaren a asociar la pena con la efectiva producción del daño. El hecho de que algunos individuos no sean penados por realizar lo que resultan ser acciones inocuas, necesarias o permitidas, pese a desconocer esto último y a proceder con intención maliciosa, no estimulará a otros a cometer actos dañosos, ya que los demás advertirán que lo que es decisivo es precisamente la efectiva producción de un daño. De este modo parece que la enantiotelidad y su contrapartida, las causas de justificación, deben definirse objetivamente⁴¹.

Hay que recalcar que el requisito de enantiotelidad aspira a restringir la punibilidad solamente a aquellos actos que el derecho penal trata de prevenir y que el enfoque liberal excluye la prohibición de acciones o pensamientos que sólo afectan a la calidad moral del agente mismo. La idea de que las causas de justificación, como la legítima defensa, el estado de necesidad o el ejercicio de un derecho, dependen de las intenciones o creencias del agente, es producto de un enfoque perfeccionista. Esta idea adquiere su fuerza de la presuposición de que un agente que, por ejemplo, causa un daño que, sin que él lo advierta, previene un daño mayor, está movido por el mismo propósito maligno que si su acción no hubiera tenido esa afortunada consecuencia. Esta presuposición es verdadera, pero, a menos que sea el propósito de la ley erradicar motivos perversos, la pena por tal acción no se justifica. La

⁴¹ Ver en nota 36 el criterio seguido por el Código Penal Modelo. Con acierto define lo que llamo "enantiotelidad" en términos objetivos, pero las causas de justificación (excepto el consentimiento de la víctima) están definidas tomando en cuenta las creencias del agente.

acción fue objetivamente correcta y las futuras acciones que reúnan las mismas características externas no deben disuadirse sino tal vez promoverse. Hay otra manera de llegar a la misma conclusión. Como lo haré notar más adelante, el carácter enantiotélico de una acción está conectado con el derecho de los funcionarios y de los particulares en general a impedir la comisión de ciertas acciones. Si la enantiotelidad de una acción dependiera del estado psíquico del agente, tendríamos que admitir el derecho (y a veces el deber) de impedir físicamente acciones inocuas y hasta benéficas, o tendríamos que abandonar la enantiotelidad como criterio operativo para establecer qué acciones pueden impedirse y qué otras no. Tomemos el caso inglés "Dadson" (1850) 4 Cox C.C. 358 (citado en el capítulo II): se decidió que el acto del funcionario fue ilegítimo, ya que no había advertido que había circunstancias que le otorgaban el derecho de prevenir el delito en la forma en que lo hizo; ello significaría que un espectador hipotético que tampoco hubiera advertido la existencia de esas circunstancias, habría tenido derecho a impedir que el funcionario actuara como lo hizo. Si, por otro lado, el espectador hubiera advertido la existencia de aquellas circunstancias así como que el agente las ignoraba, habría actuado legítimamente al tratar de impedir ambos actos, el robo y la interferencia del funcionario con la consumación del mencionado delito. Se pueden imaginar fácilmente los resultados absurdos a que inevitablemente conduce un criterio subjetivo de enantiotelidad, cuando se lo combina con el derecho a impedir el delito. Por ello se defiende aquí un criterio objetivo⁴². Este criterio im-

⁴² Después de escrito este trabajo he tomado conocimiento de un artículo muy lúcido de Paul M. Robinson, publicado bajo el título de *A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability*, en "UCLA Law Review", vol. 23, p. 266. En ese artículo, Robinson defiende un punto de vista similar al que aquí expongo con respecto a la exigencia de daño para adjudicar responsabilidad penal en un caso concreto, a la

plica que una acción es enantiotética aun cuando el agente crea erróneamente que es inocua, permitida por el derecho, o un medio necesario para impedir un mal mayor, y obviamente tal acción puede ser impedida legítimamente. Sin embargo, el agente podría eludir la pena por aplicación del principio de asunción de la pena

d) Algunas consecuencias del principio de enantiotelidad

La consecuencia más importante que el principio de enantiotelidad tiene para una teoría del delito reside, como

conexión entre esta exigencia y la fundamentación de las justificaciones y a la interpretación objetiva (es decir, sin tomar en cuenta las creencias y motivos del agente) de tales justificaciones. Robinson muestra agudamente las raíces históricas de ambos puntos de vista en la controversia sobre si las justificaciones deben interpretarse objetiva o subjetivamente, y acude a citas sumamente ilustrativas, como una de Lord Macaulay, quien decía: "Cuando un acto es de una descripción tal que sería mejor que no se hubiera realizado, es apropiado recurrir a los motivos o intenciones del agente, con el propósito de decidir si debe o no ser condenado. Pero cuando un acto que es realmente útil a la sociedad, un acto que es deseable estimular, ha sido realizado, es absurdo investigar los motivos del agente a fin de penarlo si han sido malos" (también cita Robinson un curioso fallo inglés de 1550 en el mismo sentido). Este autor no explora, en cambio, la relación entre el punto de vista "subjetivista" y ciertos presupuestos antiliberales, ni recurre a una concepción general acerca de la necesidad de tomar en cuenta, en cada caso, si el propósito de la ley ha sido o no frustrado.

En el mismo número de la revista donde se publicó el artículo de Robinson, apareció una réplica parcial sumamente interesante del profesor George P. Fletcher, con el título *The Right Deed for the Wrong Reason. A Reply to Mr. Robinson* ("UCLA Law Review", vol. 23, p. 293). Fletcher sostiene que comparte el enfoque "legalista" de Robinson, por oposición a la visión "instrumentalista" del derecho penal, que, según él, informa a la teoría norteamericana corriente, pero afirma que ese criterio no conduce necesariamente a una interpretación enteramente objetiva de todas las justificaciones. Ofrece una serie de ejemplos muy ingeniosos destinados a suscitar dudas sobre la propiedad de la interpretación objetiva en algunos casos. Fletcher se propone ofrecer un criterio para satisfacer nuestras intuiciones divergentes, recurriendo a la distinción de la teoría continental entre tipo (que él llama *definition*) y justificaciones. Defiende esta distinción sobre la base de la necesidad de que lo que pertenece al tipo esté definido con precisión, contenga un imperativo moral claro acerca de lo que no debe hacerse y esté sometido al control legislativo (mientras que nada de esto ocurre con la caracterización de las justificaciones). Una vez defendida esta distinción, sostiene, como lo hacen la mayoría de los autores continentales, que mientras

ya hemos dicho, en la introducción de una nueva condición de responsabilidad penal: una acción punible debe ser una de aquellas que la ley trató de prevenir; si el derecho penal se ajusta a la concepción liberal, la acción por la que alguien es penado debe implicar el daño o peligro que es materia de la prevención.

Un sencillo ejemplo ilustrará el funcionamiento de este requisito. Supongamos que una norma de derecho penal convierte en delito la caza de animales salvajes, a menos que se la haga en la propiedad del cazador. El objetivo

la satisfacción del tipo o definición del delito debe ser meramente objetiva, la presencia o ausencia de una justificación debe tomar en cuenta los motivos y creencias del agente. Sin embargo, la supuesta validez de la distinción que Fletcher y los autores continentales defienden, no implica que esa distinción deba tener efectos sobre la relevancia de las actitudes subjetivas del agente. Fletcher no aduce razones concluyentes en favor del reconocimiento de los llamados "elementos subjetivos de la justificación", sino sólo una apelación implícita a nuestras intuiciones acerca de cómo resolver ciertos casos particulares. No muestra cuál es el valor o la necesidad de penar actos inocuos o útiles ejecutados por motivos indignos, y se tiene la impresión de que detrás de su rechazo del "instrumentalismo" en favor del "legalismo", no hay sólo la posición razonable de asegurar la vigencia del principio de legalidad y limitar el castigo a ciertas acciones y no al carácter de la gente, sino también el reconocimiento de la reprochabilidad moral como base de la pena.

En cambio, Helen Silving, *Elementos constitutivos del delito*, tr. G. R. Carrió, Puerto Rico, 1977, coincide con la interpretación objetiva de las justificaciones que defiende aquí y que se defienden en el trabajo de Robinson. La fundamentación de esta postura parece ser la misma que se ha ofrecido en el texto, como se advierte en estas palabras de la autora: "Pero hacer depender las exenciones del estado mental del conocimiento de que existe un fundamento de exención es limitar las exenciones en perjuicio del imputado. Además, tal limitación no implica la mera ausencia de una *mens mala*, sino la presencia de una *mens pura*. El derecho penal de una sociedad democrática jamás debería exigir pureza mental. En este contexto, como en todos los demás contextos del derecho penal, el presente proyecto adopta una actitud objetiva. Si en legítima defensa, o en estado de necesidad o en un caso de no exigibilidad de obediencia al derecho, el imputado actuó como el derecho desea (o permite) que actúe, ¿por qué habría de ser necesario que actuara también con pureza mental respecto de esa acción? Los requisitos en ese sentido son producto de una tendencia moralizadora inherente al derecho común o convencional, que el proyecto procura evitar" (p. 398).

En el derecho argentino, Soler, ob. cit., t. I, p. 344, defiende una con-

de la ley puede no ser claro: por ejemplo, los jueces pueden vacilar acerca de si la ley está destinada a proteger a ciertas especies de animales, en cuyo caso la excepción para el propietario de la tierra expresaría simplemente el reconocimiento de la política independiente de respetar el derecho de propiedad, o si el objetivo de la ley es proteger a los propietarios ante las frecuentes incursiones de cazadores de animales silvestres. Supongamos que se adopte la primera explicación: ello probablemente determinaría la selección de una particular interpretación del lenguaje de la ley (por ejemplo, "propiedad" en la excepción podría interpretarse restrictivamente, excluyendo ciertos títulos sobre la tierra); pero el efecto más importante sería que un cazador quedaría exento de pena si demostrara que, independientemente de sus creencias al actuar, su acción no generó el peligro de exterminar especies silvestres (por ejemplo, porque los animales que mató eran tan prolíferos que la especie no sufre apreciablemente por la caza normal). Esta consideración sería enteramente irrelevante si aceptáramos la otra explicación de la ley penal, en cuyo caso valdrían consideraciones de otra índole; por ejemplo, si el propietario autorizó tácitamente la cacería.

La adopción del principio de enantiotelidad implica que la inocuidad de la acción es la causa de justificación fundamental, en relación a la cual deben interpretarse las demás justificaciones; la legítima defensa, el estado de necesidad (cuando el daño impedido es mayor que el causado), el consentimiento válido de la víctima, el ejercicio de un derecho, no son más que extensiones del caso central en que un acto —que de otra manera sería antiju-

cepción objetiva de las justificaciones. En cambio, Núñez, ob. cit., t. I, p. 298, si bien se inclina por la misma concepción, cree que ella es compatible con la admisión de elementos subjetivos en la caracterización de las causas de justificación. E. Bacigalupo, *Lineamientos de la teoría del delito*, Bs. As., Astrea, 1974, adopta decididamente un enfoque subjetivista.

rídico— resulta inocuo. En estos casos, o el daño causado por la acción está por excepción legalmente autorizado, o el daño es un medio necesario y efectivo para evitar un mal mayor, o interviene otro factor que permite sostener que no se produjo ningún daño (como cuando media consentimiento válido de la víctima). Más adelante sugeriré un procedimiento para comparar la importancia relativa de estados de cosas jurídicamente protegidos a fin de decidir cuándo se admite alguna de tales justificaciones. Como ya lo aclaré, es irrazonable que estos casos no sean punibles y lo sea el primero, en que la acción es totalmente inocua y no meramente el menor de dos males o una excepción a la prohibición general. Si el sistema jurídico reconoce como casos de justificación el estado de necesidad y la legítima defensa, los tribunales están autorizados a inferir que el caso central en que la acción es inocua tampoco puede ser punible, puesto que las demás causas de justificación no son más que meras derivaciones, más complejas, de ese caso central.

Una segunda consecuencia del principio de enantiotelidad, que ya anticipé, es que el carácter enantiotélico de la conducta puede servir como criterio para decidir cuándo un delito puede ser jurídicamente impedido por los funcionarios pertinentes o por el público. La razón para adoptar este criterio es muy clara: las acciones que pueden ser físicamente impedidas son aquellas que el derecho trata de disuadir; no hay razón para impedir la ejecución de un acto que no cause el daño o peligro conectado con la política de la ley. Una acción que impidiera realizar otra acción que no es enantiotélica, sería, en consecuencia, ilegítima (aun cuando el agente no sería punible si incurrió en error) y podría, a su vez, ser jurídicamente resistida, con las limitaciones que pueden surgir de la necesidad de proteger la actividad de los funcionarios públicos. Si aceptamos este criterio, podremos usarlo en sentido in-

verso como una guía práctica para determinar, en caso de duda, qué actos son enantiotélicos: si admitimos que cierto acto puede ser jurídicamente impedido, ello será una indicación para considerarlo enantiotélico.

Una tercera consecuencia del principio de enantiotelidad tiene un importante efecto sobre la graduación de las penalidades. Evidentemente el monto de la pena, que el sistema jurídico atribuye a cierta clase de actos, está en relación directa con la prioridad que otorga a las distintas situaciones que protege y al grado de daño o peligro que el derecho adscribe a tales actos. Esto no sólo es generalmente así en la realidad, sino que así debe serlo en un sistema jurídico-penal racional que respete el requisito de que la pena debe ser tan económica como sea posible en los daños que cause para precaver otros daños. Si, por ejemplo, aceptamos que una cierta pena es el daño máximo que podemos infligir a fin de prevenir actos de un cierto grado de dañosidad, entonces, cuando enfrentemos actos que sean menos dañosos, esa penalidad romperá el equilibrio entre el daño causado y el daño evitado, y quedaremos obligados, por consideraciones prudenciales, a prescribir una penalidad de menor magnitud. Naturalmente, la dañosidad de una acción no sólo depende de sus características intrínsecas, sino también de otros factores, como la frecuencia de su comisión. Este principio legislativo sirve en el nivel de la aplicación judicial como otra guía práctica para detectar el grado comparativo de enantiotelidad asignado por el derecho a cierta clase de acciones, la cual constituye una pauta muy útil para resolver casos en que el agente se ha visto en la disyuntiva entre realizar dos acciones alternativas que son ambas enantiotélicas. Pero el principal efecto de este principio, en el contexto judicial, es que sirve de guía en situaciones en las que el juez goza de discrecionalidad para graduar la pena según el caso particular. Son aplicables aquí las mismas conside-

raciones que requieren que la acción punible cause el daño que la ley trata de prevenir, ya que es tan objetable penar más severamente los actos que lo requerido para la prevención del grado de daño que ellas implican, como reprimir acciones inocuas. Si dos delitos de la misma clase presuponen diferentes grados de daño, la pena debe ser diferente en cada caso, ya que la penalidad que es necesaria para disuadir los actos futuros que implican el mismo grado de daño que el más dañoso de los dos actos penados, sería excesiva para disuadir a aquellos otros actos futuros que, como el otro acto que castigamos, son menos dañosos. Quien, al sentenciar, observa esta proporcionalidad, dentro de los límites del consentimiento del agente, favorece que el público perciba la diferente gravedad de los daños generados por distintos actos delictivos de la misma especie. Ello también satisface el principio de asunción de la pena al permitir que los individuos adviertan, antes de resolverse a actuar, la magnitud de la pena que asumirían al realizar un acto con cierto grado de dañosidad. Naturalmente, éste no es el único criterio relevante para graduar la pena al condenar; entre otras consideraciones, el alcance del consentimiento del agente constituye —como veremos ahora— un límite a las posibles penalidades que podemos imponerle.

La cuarta consecuencia del principio de enantiotelidad surge de su combinación con el principio de asunción de la pena. Como ya lo sugerí, la introducción del principio de enantiotelidad hace que ese otro principio tenga una consecuencia que no existiría sin él: esa consecuencia es que el agente debe haber consentido, no sólo en realizar el acto descrito como delito, sino también en causar el daño que la prescripción de la pena trata de prevenir; esto surge del hecho de que la responsabilidad penal está condicionada a la producción de tal daño y, consecuentemente, el agente que no consintió en causarlo (por ejem-

plo, porque no supo que su acción sería dañosa), no consistió en asumir la responsabilidad penal correspondiente. (Esto no perjudica el efecto de prevención, ya que los que advierten la dañosidad de sus actos potenciales no dejan de ser disuadidos por la falta de castigo para quienes ignoraban tal característica de su acto.) Pero lo que voy a exponer ahora no es esta consecuencia del principio de asunción de la pena en un sistema que también incluye al principio de enantiotelidad, sino una diferente implicación del último principio sobre el alcance del primero. Esta implicación es que el conocimiento de las circunstancias fácticas exigido por el principio de asunción de la pena, debe limitarse sólo a las circunstancias mencionadas por la descripción del delito *que son relevantes para la enantiotelidad de la acción*. Esta propuesta está vagamente implícita en la teoría continental que restringe el alcance del dolo al contenido del tipo, y ha sido expresamente adoptada por el Código Penal Modelo para los Estados Unidos⁴³.

El problema que enfrentamos ahora ya fue mencionado en el capítulo II. Frecuentemente sucede que el derecho hace depender la pena, no solamente de que ocurran los hechos que la ley trata de prevenir, sino también de que acaezcan otras circunstancias que se exigen para la aplicación de una pena como cuestión de conveniencia, utilidad o equidad. Así, pues, es importante distinguir entre dos clases de condiciones jurídicas de la pena. Una de ellas está relacionada con la función de la pena de disuadir ciertos comportamientos dañosos; la presencia de tales condiciones configuran la situación que el derecho estima indeseable, y su materialización en un caso particular es necesaria para la efectividad de la función preventiva de la pena. La otra clase de condiciones es bas-

⁴³ Ver nota 36, p. 324.

tante diferente y se relaciona con la conveniencia de la penalidad misma. Estas segundas condiciones pueden ser de carácter procesal, como las destinadas a asegurar un debido proceso; pueden corresponder a la necesidad de minimizar algunos de los costos sociales que la pena puede implicar (como costos financieros, la dificultad de reunir la prueba, el escándalo público y el desorden que se seguiría del proceso, el daño a las relaciones internacionales, etc.); pueden también responder a consideraciones de equidad, como las que conducen a observar el mismo principio de asunción de la pena. Por lo tanto, cuando están ausentes estas segundas condiciones de la penalidad, la exención de pena no implica de ninguna manera que la acción realizada no sea de aquellas que el derecho penal está destinado a prevenir (o sea, no excluye que la acción sea enantiotética); y prueba de ello es que, en esos casos, por lo común se reconoce el derecho a impedir físicamente la ejecución del acto a funcionarios y particulares.

Sería realmente extraño sostener que el agente deba conocer esta segunda clase de condiciones de la penalidad para que sea punible. Tomemos por ejemplo la norma que reprime el delito de hurto, y que está obviamente destinada a disuadir cualquier hurto, a menos que sea necesario para preservar un bien mayor o que, por alguna razón, fuere inocuo. Supongamos ahora que se inserta una cláusula especial en la ley a fin de excluir la penalidad cuando el hurto se cometa entre parientes, tomando en cuenta la necesidad de evitar el escándalo familiar y el permanente resentimiento que surgiría del proceso (ver, por ejemplo, el art. 185 del Cód. Penal argentino). Esto no significa que los hurtos entre parientes no deban disuadirse, sino que hay razones independientes que pesan en contra de la conveniencia de una penalidad. Si alguien hurta algo creyendo erróneamente que pertenece, por ejemplo, a su padre, esas consideraciones no entran en

juego, y no hay razón por lo tanto, para excluir la penalidad. Lo mismo ocurre en otros muchos casos, como el de la inmunidad diplomática, en el que la razón de no perjudicar las relaciones exteriores del país es inaplicable cuando el agente cree *equivocadamente* que es un diplomático. Los legisladores estarían sometidos a una situación de encerrona si cada vez que deciden condicionar la pena a ciertas circunstancias, a fin de evitar efectos indeseables, se concluyera que el agente, para ser penado, debía conocer esas circunstancias, con el resultado de que la gente confiaría en sus creencias al respecto como guía para decidir cómo actuar.

Podría preguntarse, sin embargo, si queda abierta otra alternativa al tenerse que satisfacer el principio de asunción de la pena. Quien hurta algo que cree erróneamente que pertenece a su padre, cree que su acto no está sujeto a pena y, por lo tanto, no ha consentido dicha pena. No obstante, el principio de enantiotelidad permite una salida a este problema. Al discutir el principio de asunción de la pena vimos que el consentimiento de asumir una obligación es independiente de la actitud del agente hacia el acto que se obliga a realizar y de sus creencias acerca de la posibilidad de que la obligación sea ejecutada efectivamente contra él; esto se aplica tanto a la creencia de que la obligación no será hecha efectiva porque existe algún impedimento fáctico, como a la creencia de que no se la hará efectiva porque hay algún obstáculo legal para su ejecución; en ambos casos, las creencias erróneas del agente no impiden que quede sometido a esa obligación. En el caso de la pena, he sostenido que puede afirmarse que el individuo consintió en asumir responsabilidad penal, aunque pensó que sería imposible *de facto* que se le impusiera la pena. Lo mismo ocurre cuando el individuo cree que hay una imposibilidad *jurídica* de que se aplique la pena. Las condiciones de la pena de

la naturaleza mencionada son condiciones jurídicas del cumplimiento efectivo de la responsabilidad penal y no son condiciones de la responsabilidad penal misma. En consecuencia, el error acerca de la existencia de dichas condiciones no excluye el consentimiento de asumir una responsabilidad penal. Quien hurta lo que cree que pertenece a su padre, asume una cierta responsabilidad penal aun cuando, de ser verdadera su creencia, el Estado no pretenderá hacer efectiva esa responsabilidad por razones distintas de la necesidad de disuadir tales actos. El principio de enantiotelidad hace posible esta distinción, ya que la diferencia entre condiciones de la responsabilidad penal, y condiciones para la ejecución efectiva de esa responsabilidad se funda en la diferencia entre circunstancias que son relevantes para el carácter enantiotélico de la acción y circunstancias que no afectan a la enantiotelidad. La sujeción jurídica a sufrir cierta pena está condicionada por actos que tienen las propiedades conectadas con la razón para prevenir esos actos por medio de la amenaza de tal pena. Así el antecedente de una responsabilidad penal es un acto con las características que lo hacen objeto de prevención⁴⁴; si esas características no se dan, no surge la sujeción jurídica a sufrir pena, y si el agente no consiente en cometer un acto con esas características, no consiente en asumir la responsabilidad de que se trata. La otra clase de características de la acción y circunstancias, que también exige el derecho como condiciones de pena, es diferente. Puesto que no se relacionan con

⁴⁴ Esta idea coincide con el concepto de tipo que expone Enrique Gimbernat Ordeig (*El sistema de derecho penal en la actualidad*, en "Jornadas Internacionales de Derecho Penal Argentino", Bs. As., 1973, p. 196). Según este autor el tipo penal comprende "todos los elementos que integran la descripción de la conducta cuya no comisión se quiere motivar". Pero, como surge del texto, yo no creo, a diferencia de Gimbernat, que un concepto de esta índole deba necesariamente hacer referencia a elementos subjetivos.

la razón para prevenir la acción mediante la atribución a ella de una cierta responsabilidad penal, no son parte del antecedente de esa responsabilidad. Por lo tanto, el hecho de que no se den en un caso determinado no impide que la asunción de una responsabilidad penal pueda surgir del acto realizado (aunque ellas son relevantes para la ejecución efectiva de esa responsabilidad), y el hecho de que el agente no consintió en realizar una acción con esas propiedades o en esas circunstancias no impide que haya consentido en asumir la responsabilidad penal correspondiente ⁴⁵.

⁴⁵ La idea de consecuencias normativas (como obligaciones, derechos, responsabilidades) que no son ejecutables o exigibles —no por razones fácticas, sino según el sistema normativo mismo que las prescribe— es, por lo menos, obscura. Sin embargo, el caso de una responsabilidad penal que no puede, por razones normativas hacerse efectiva, tiene su *pendant* en las famosas obligaciones naturales que el Código Civil argentino recoge en los arts. 515 y ss. (las obligaciones “naturales... no confieren acción para exigir su cumplimiento”, art. 515). Incluso algunas de las causales que suprimen la exigibilidad de una obligación civil (por ejemplo, inhabilidad —en el texto originario hoy derogado—, prescripción, razones de utilidad pública para denegar la acción, etc.), son análogas a algunas de las condiciones que, según sugiero, son solo condiciones de la ejecución de la responsabilidad penal, y no son condiciones de la responsabilidad penal misma. Por supuesto que la analogía no se extiende hasta el punto de decir que, así como en el caso de una obligación natural su cumplimiento voluntario es válido (y no repetible), en el caso de la responsabilidad penal no ejecutable el Estado tiene derecho a retener a quienes se presenten voluntariamente a cumplir la pena. Este es un caso tan fantástico, que no valdría la pena tenerlo presente para crear esta categoría conceptual, aunque el pago voluntario de multas no es una situación tan irreal (tal vez tampoco sea irrelevante la analogía en los sistemas en que se permite la declaración voluntaria de culpabilidad; se podría sostener que ello sólo será válido en tanto y en cuanto se haya verificado la comisión de una acción enantiotética que genere responsabilidad penal, pudiendo tal declaración suplir la verificación de las condiciones necesarias para *ejecutar* tal responsabilidad). El efecto principal de una responsabilidad penal no ejecutable no es la presunta validez del cumplimiento voluntario, sino la legitimidad de actos tendientes a impedir la comisión de la acción que da lugar a tal responsabilidad. De cualquier modo, este tema requeriría un análisis más perspicaz de la lógica de diferentes relaciones normativas que no me siento en condiciones de encarar aquí. Confío, sin embargo, en que debe de ser posible dar una explicación teórica satisfactoria de las distinciones que propongo y que recongen, creo, intuiciones ampliamente compartidas.

Si este criterio se aceptara sería como si la ley dijera a los individuos: "Mientras guiéis vuestro comportamiento de acuerdo con vuestra creencia sincera acerca de cuáles son los actos que el derecho penal está destinado a prevenir, estaréis a salvo de ser penados, aunque vuestras creencias sean erróneas; pero si actuáis sabiendo que la ley buscó desalentar tal acción y confiáis en que la pena estará jurídicamente excluida por razones independientes de la necesidad de prevenir esos actos, o en que la pena es improbable como cuestión de hecho, corréis el riesgo de ser castigados si os equivocáis".

Este criterio presupone que los individuos deben orientar su conducta según normas de enantiotelidad.

Pondré un ejemplo para demostrar la plausibilidad de este principio; el ejemplo está tomado de Genaro R. Carrió⁴⁶, que lo empleó para destacar la diferencia entre causas de justificación y excusas, y lo tomó de una escena de un viejo film francés: un individuo es sorprendido in fraganti por el guardia de un supermercado cuando sustrae algunas mercaderías; ante la interpelación del guardia el individuo, indignado, muestra un certificado de la Facultad de Medicina de París en el que se hace constar que ha sido declarado cleptómano, dando a entender el individuo que ello le da derecho a hurtar. El ejemplo muestra, no solamente la diferencia entre justificación y excusa, confundidas por el sujeto, sino también que el derecho de impedir físicamente un acto es paralelo a su enantiotelidad y que esta propiedad es independiente de cualquier estado subjetivo. Pero lo que me interesa sobre todo destacar es otro punto, también demostrado por el ejemplo: la reacción del individuo resulta graciosa porque implica desconocer groseramente la directiva de que la gente debe guiar su conducta por lo que aquí denomino

⁴⁶ *Los límites del lenguaje normativo*, Bs. As., 1973, p. 23.

yo “normas de enantiotelidad” y no por otras consideraciones que, pese a que podrían afectar la imposición de una pena, no se relacionan con la enantiotelidad de la acción (la situación habría sido aún más ridícula, si el individuo hubiera exclamado: “¡Pero si se me aseguró que estos actos nunca son descubiertos!” implicando que, por esa razón, tenía derecho a cometerlos). Si el individuo fuera realmente un cleptómano, el principio de asunción de la pena sería aplicable para eximirlo de pena, pero esto no significa que no debió tratar de actuar según la norma de enantiotelidad. Si suponemos que el certificado médico que lo declaraba cleptómano estaba equivocado, pero el individuo lo creía correcto, no resultaría injusto someterlo a pena, ya que debió tratar de actuar de acuerdo con la pertinente norma de enantiotelidad, cosa que *ex hypothesi*, era perfectamente capaz de hacer⁴⁷. Si esto es aceptable aun en relación a las condiciones psíquicas impuestas como requisito para la pena por el mismo principio de asunción de la pena, lo será más aún en relación a condiciones de la pena impuesta por consideraciones, no de justicia, sino de utilidad o conveniencia.

De esta manera he tratado de mostrar que el principio de enantiotelidad permite discriminar entre las propiedades y circunstancias de la acción mencionada por la descripción legal del delito como condición de la pena, a fin de determinar el alcance del conocimiento que requiere el principio de asunción de la pena.

Esta discriminación entre diferentes condiciones de la pena también provee criterios para resolver muchos otros problemas que la teoría del derecho penal debe enfrentar, problemas que no trataré aquí, limitándome a mencionar rápidamente unos pocos de ellos. Por ejem-

⁴⁷ El Código Penal Modelo adopta una solución diferente para casos de esta naturaleza ya que incluye circunstancias conectadas con excusas entre los “elementos materiales del delito”, ver nota 36, p. 325.

plo, se puede argumentar fácilmente que el período de prescripción debe empezar a correr desde el tiempo de comisión de la acción enantiotélica (o desde el tiempo en que la acción adquiere las propiedades que la hacen enantiotélica), y no desde el momento en que suceden otras acciones o circunstancias también requeridas como condiciones de la penalidad. Similarmente la localización espacial del delito debe ser tal vez únicamente la relativa al lugar en que se produjeron los efectos que la ley trató de prevenir. Los casos de pluralidad de delitos podrían resolverse —como lo veremos en el capítulo V— considerando si las varias acciones son relevantes para la enantiotelidad del comportamiento del agente o si una de ellas agota tal enantiotelidad (o sea, el daño o peligro que el derecho busca precaver) por sí misma, mientras que las otras nada añaden a ello. La complicidad estaría restringida a la colaboración en la acción enantiotélica y no en relación a otros aspectos del delito. Todas éstas serían consecuencias adicionales del principio de enantiotelidad.

CAPÍTULO V

LA ARTICULACIÓN DE LA TEORÍA

Presupuestos y aplicaciones

El objetivo de este capítulo es mostrar cómo una teoría con las bases normativas que fueron bosquejadas en los dos capítulos anteriores puede resolver algunos de los principales problemas que se plantean en la adjudicación de responsabilidad penal. En el curso de tal empresa se pondrá de manifiesto la necesidad de hacer explícitos algunos presupuestos y de precisar varias distinciones conceptuales relevantes para presentar las implicaciones de la teoría. Pero antes de encarar esas tareas es conveniente hacer un breve repaso del material que nos han suministrado las discusiones de los capítulos precedentes.

Se han presentado cuatro principios fundamentales que integran la base normativa de la teoría: el principio utilitarista de prudencia en la protección social, que determina que es condición para justificar la prescripción y aplicación de sanciones penales que ellas constituyan un medio necesario y efectivo de proteger a la sociedad contra males mayores a los que ellas implican. El principio de asunción de la pena, que estipula que nadie puede legítimamente ser penado sin que haya consentido en contraer la respectiva responsabilidad penal. El principio liberal

anti-perfeccionista, que establece que las leyes penales deben estar dirigidas a prevenir el daño que la gente puede causar a terceros y no a prevenir la autodegradación moral, imponiendo ideales de excelencia humana y determinados planes de vida. El principio de enantiotelidad, que prescribe que las leyes penales deben ser aplicadas de modo que sólo resulten punibles las acciones que tales leyes tratan de prevenir.

Los principios primero y tercero son principalmente relevantes en el nivel de la legislación, aunque tienen algunas consecuencias en la tarea jurisdiccional de asignar responsabilidad penal en casos particulares. En cambio, el segundo y el cuarto son principios aplicables a la labor jurisdiccional, sin perjuicio de que puedan, por supuesto, ser recogidos por la legislación al regular las condiciones generales de la responsabilidad penal.

Varios subprincipios se derivan del principio de asunción de la pena: primero, el principio de que las normas penales no deben ser aplicadas retroactivamente e interpretadas de un modo que excluya su conocimiento por parte de aquel a quien se somete a pena; segundo, el principio de que el individuo a quien se aplica una pena tiene que haber podido evitar la asunción de la correspondiente responsabilidad penal; tercero, el principio de que la persona a quien se somete a pena tiene que haber sabido que la asunción de la responsabilidad penal correspondiente era consecuencia necesaria de su acto voluntario. Hemos visto también que el principio de asunción de la pena debe complementarse con el de la "univalencia del consentimiento", que excluye la posibilidad de justificar penas, obligaciones, cargas, etc., que se imputan tanto a una acción como a la omisión de ella, sobre la base, en ambos casos, del consentimiento del agente.

El principio de enantiotelidad tiene, a su vez, las siguientes consecuencias (además de la condición de res-

ponsabilidad penal que explícitamente establece): cuando se combina con el principio anti-perfeccionista implica que nadie puede ser penado si no ha causado el daño o peligro que las normas penales están destinadas a prevenir; provee un criterio para definir el derecho a impedir físicamente la comisión de ciertas acciones; suministra una guía para la graduación de las penas en los casos concretos, tomando en cuenta la mayor o menor dañosidad o peligrosidad implicada en la acción; permite seleccionar ciertos aspectos del hecho y circunstancias que son condición de la responsabilidad penal, a los efectos, entre otras cosas, de delimitar el alcance del conocimiento requerido por el principio de asunción de la pena.

Ésta no es, por cierto, una base normativa completa para una teoría general de la responsabilidad penal, pero, aun así, brinda orientaciones para resolver algunos de los más intrincados problemas que deben enfrentarse en la adjudicación de dicha responsabilidad.

A. LA POSIBILIDAD DE EVITAR LA RESPONSABILIDAD PENAL Y EL PROBLEMA DEL LIBRE ALBEDRÍO

Hemos visto que el principio de asunción de la pena requiere que aquel a quien se somete a castigo debe haber tenido la posibilidad de no contraer responsabilidad penal; en otras palabras, tiene que haber ejecutado *voluntariamente* la acción que es el antecedente de esa responsabilidad.

La expresión “acción voluntaria” es, desde luego, sumamente ambigua; puede aludir a una acción que no es deónticamente obligatoria, a una acción intencional, a una acción espontánea, o ejecutada de buen grado, a una acción no constreñida, etcétera. El significado de “voluntariedad”, que aquí es relevante, está relacionado con el

último de los casos mencionados, pero no es fácil distinguirlo con precisión de algunos de los otros.

Podemos, sin embargo, recurrir a una distinción frecuentemente descuidada para distinguir el significado de "voluntario" o de "involuntario" que se quiere destacar aquí: cuando una conducta es, en este sentido de la palabra, involuntaria bajo una cierta descripción, lo es también bajo cualquier otra de sus posibles descripciones. Ello es obviamente consecuencia del hecho de que este sentido de "involuntario", a diferencia de los relacionados con libertad normativa, intencionalidad, etc., predica algo de la actividad o la inactividad corporal que subyace a la acción bajo cualquiera de sus otras descripciones. Por ejemplo, si se dice de alguien que su acción de presentarse a cumplir con el servicio militar fue involuntaria porque estaba obligado por la ley a hacerlo, esto no implica necesariamente que esa misma acción también fue involuntaria en el mismo sentido, cuando se la describe como la acción de "entrar al cuartel a las 8 de la mañana por la puerta principal"; en cambio, si decimos que alguien se incorporó al ejército involuntariamente porque fue arrastrado por la fuerza o inducido a hacerlo mediante hipnosis, su acción será también involuntaria, en el sentido que aquí nos interesa, bajo cualquier otra descripción posible. La predicación de voluntariedad, en este sentido, es, a diferencia de la predicación de intencionalidad o de libertad normativa, neutra respecto de la descripción de la acción ¹.

¹ Presupongo en este desarrollo la tesis de E. M. Anscombe (*Intention*, 2ª ed., Oxford, 1973, p. 11) y D. Davidson (*Agency*, en Binkley, Bronaugh y Marras, eds., "Agent, Action and Reason", Toronto, 1971) de que la misma acción puede ser objeto de diferentes descripciones. Un cierto conjunto de movimientos corporales puede describirse de diferentes maneras según se tomen en cuenta distintas características intrínsecas de tales movimientos, diferentes circunstancias del contexto en que los movimientos se realizan, o su relación con diferentes normas o convenciones, o diversas consecuencias causales que los movimientos pueden producir; o distintos aspectos de las actitudes subjetivas del agente. Por lo tanto, las siguientes

Hay una caracterización tradicional de este sentido de “voluntariedad” que ha sido rechazada por muchos filósofos contemporáneos. Sostiene, en síntesis, que las ac-

descripciones podrían, por ejemplo, hacer referencia a la misma acción si ellas se actualizan mediante la misma actividad física: “Juan apretó el gatillo de un revólver”; “Juan disparó contra Pedro”; “Juan mató a Pedro”; “Juan cometió un asesinato”; “Juan se vengó de Pedro”; “Juan dejó huérfanos a los hijos de Pedro”; “Juan pudo mover su dedo índice de la mano derecha (que lo tenía paralizado)”. Lo mismo es, según creo, aplicable a las omisiones: si una acción fue esperada bajo varias descripciones, la ausencia de la actividad física que habría constituido la acción, puede recibir distintas descripciones, y todas ellas serían de la misma omisión. Supongamos que la acción de un individuo, si hubiera sido realizada, habría sido descrita como “presentándose al servicio militar”, “cumpliendo con su deber patriótico”, y “entrando al cuartel por la puerta principal”; supongamos también que esa acción haya sido esperada (con base fáctica o con base normativa) solamente bajo las dos primeras descripciones; entonces, en ausencia de tal actividad y dadas otras condiciones (como la voluntariedad), podríamos describir la conducta del individuo como la de “omitir presentarse al servicio militar” y “omitir cumplir con su deber patriótico”, y ambas descripciones corresponderían a la misma omisión. Esta tesis es enérgicamente atacada por A. I. Goldman (*A Theory of Human Action*, Princeton, 1970), quien alega que lo que él denomina “la tesis de la identidad” fracasa principalmente porque los actos que se suponen idénticos no satisfacen la exigencia (expresada en el principio de “indiscernibilidad de los idénticos”) de tener todas sus propiedades comunes, y porque de algunos de ellos podemos decir que constituyen una manera de realizar los otros mientras no podemos decir lo mismo de estos segundos en relación a los primeros. Aunque no me siento capacitado para cuestionar los presupuestos lógicos y lingüísticos de la tesis de Goldman, sospecho que la defensa de la “tesis de la identidad” contra estas objeciones está conectada, como el mismo Goldman lo anticipa, con la “opacidad referencial” de las descripciones empleadas en los contra-ejemplos. Goldman sostiene que la opacidad referencial debe probarse y que la única forma de hacerlo en estos casos es asumiendo la misma “tesis de la identidad”. No estoy convencido, sin embargo, de que sea ilegítimo defender la “tesis de la identidad” sobre la base de su capacidad para explicar el modo como habitualmente solemos identificar y enumerar las acciones y, luego, asumir esta tesis para descalificar los contra-ejemplos sosteniendo que los enunciados empleados en su formulación son referencialmente opacos. Por otra parte, como el mismo Goldman advierte (ver p. 3, nota 6), lo mismo que él sostiene de las acciones podría decirse de acontecimientos físicos y sociales, y encuentro difícil admitir que “la Gloriosa Revolución de 1688” y “los actos políticos que siguieron al desembarco de Guillermo de Orange en Torbay y culminaron con la expulsión de Jacobo II”, describan dos hechos diferentes. (Algunas de las ideas sobre el concepto de acción sugeridas aquí y en otras partes del trabajo fueron vislumbradas y expuestas, en un estudio inédito que realice junto a los profesores Ernesto F. Garzón Valdés, María E. Urquijo y Norberto E. Spolansky.)

ciones voluntarias difieren de los movimientos físicos que no son acciones en que son causadas por un acto mental comúnmente denominado "acto de voluntad". Las objeciones a esta concepción son bien conocidas y fueron principalmente expuestas por Gilbert Ryle². Las críticas más importantes a la concepción de "los actos de voluntad" son: primero, que no toda acción voluntaria va precedida por un fenómeno psíquico distinguible y típico; segundo, que aun en el caso de que haya algún fenómeno psíquico que precediese a toda acción voluntaria, él carecería del *status* lógico apropiado para atribuirle las propiedades que normalmente atribuimos a las acciones; tercero, que aunque pudiéramos postular tales acciones mentales, ellas no servirían de base para predicar que los movimientos físicos que ellas causan son acciones voluntarias, ya que necesitaríamos saber si esos actos de voluntad son ellos mismos voluntarios; cuarto, que a fin de determinar que un evento es causa de algún otro, el primero tiene que poder ser identificado y descrito con independencia de su supuesto efecto, lo que es imposible en el caso de los actos de voluntad.

Algunos filósofos han considerado posible reemplazar la concepción tradicional de la voluntariedad por la idea de atribución de responsabilidad como intrínseca al concepto de acción, en contraste con la descripción de meros movimientos corporales. D. Rayfield³ defiende esta tesis, siguiendo la idea original de H. L. A. Hart, que la abandonó más tarde⁴, de que los enunciados acerca de accio-

² *The Concept of Mind*, Londres, 1949, capítulo III (hay traducción castellana de E. Rabossi bajo el título de *El concepto de lo mental*, Bs. As.). Ver también Melden, A. I. *Action*, en "Philosophical Review", LXV, 1956; y Fitzgerald, P. J., *Voluntary and Involuntary Acts*, en Guest, A. E., ed., "Oxford Essays in Jurisprudence", Oxford, 1961.

³ *Action. An Analysis of the Concept*, La Haya, 1972, principalmente el capítulo IV.

⁴ La idea fue lanzada en "*The Ascription of Responsibility and Rights*,

nes implican típicamente adscripción de responsabilidad. Pero, hasta donde cabe inferir de la no muy clara exposición de Hart, para él la adscripción de responsabilidad, implícita en los enunciados, acerca de acciones, no substituye, sino que, por el contrario, presupone la voluntariedad de los movimientos corporales. Una de las razones por las cuales Hart suponía que los enunciados que afirman que alguien cometió una acción son "revocables", estaba precisamente relacionada con la revocabilidad de la predicación de voluntariedad (o sea, el hecho de que tal predicación nunca es concluyente, sino que está siempre expuesta a contra-demostraciones de que se ha dado alguna de un conjunto abierto de circunstancias que se consideran incompatibles con la voluntariedad del acto). En realidad las observaciones que hizo Hart en ese mismo artículo acerca de la voluntariedad parecen reducirse a presentar el concepto como un "excluidor"⁵, es decir como una noción que se emplea en ausencia de ciertas circunstancias (defensas), sin denotar algún hecho positivo que siempre estaría presente cuando la acción es voluntaria.

A diferencia de Hart, Rayfield pretende reducir la voluntariedad a la adscripción de responsabilidad. La objeción obvia es una que el mismo Rayfield advierte casi al final de su obra: que, a menos que se tome "responsabilidad" en un sentido que no tiene vinculación con la tesis, la adscripción de responsabilidad presupone precisamente la voluntariedad del acto, y es circular analizar este segundo concepto por medio del de responsabilidad. A fin de preservar su tesis, pese a esta verificación, Ray-

en Flew, A., ed., "Essays on Logic and Language", Oxford, 1963. Hart abandonó este enfoque en *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1968 (ver el prefacio).

⁵ Ver esta noción en Hall, A., *Excluders*, en "Philosophy and Ordinary Language", Illinois, Caton, 1967, p. 67.

field propone⁶, tardíamente, analizar la voluntariedad no sólo en términos de responsabilidad, sino también en relación al conocimiento del agente de lo que está haciendo. Pero es obvio que es este último elemento el que soporta todo el peso de la elucidación del concepto de voluntariedad y la referencia a la responsabilidad se torna, en consecuencia, irrelevante.

La última maniobra de Rayfield, consistente en explicar la voluntariedad en términos del conocimiento del agente acerca de lo que hace, sigue un camino ya muy recorrido. Hart mismo, en otro artículo⁷, define los movimientos involuntarios como "aquellos movimientos del cuerpo que ocurren a pesar de no ser apropiados para la acción (en el sentido ordinario de "acción") que el sujeto cree estar realizando". Este criterio está expuesto a la objeción de que hay muchas acciones que se suelen considerar voluntarias a pesar de que se las realice sin plena conciencia de lo que se está haciendo; son en su mayoría acciones realizadas por hábito: apagar la luz de una habitación o cerrar la puerta cuando se sale de ella (dejando tal vez, inadvertidamente, a otro a oscuras o encerrado); arrojar el fósforo después de encender un cigarrillo; mover rítmicamente la pierna estando sentado o gesticular cuando se habla, etcétera.

El mismo contra-ejemplo de las acciones voluntarias realizadas por hábito es *a fortiori* oponible a los intentos de reemplazar la voluntariedad, en el sentido que aquí nos interesa, por la intención, como la característica de-

⁶ Ver ob. cit., p. 88.

⁷ Ver *Acts of Will and Responsibility*, en "Punishment and Responsibility", cit., p. 105. En una nota a ese pasaje, Hart declara que ya no considera satisfactorio al criterio ofrecido en el texto (por razones distintas de las que determinan nuestra crítica). Propone allí un nuevo criterio, según el cual estipula que son involuntarios los movimientos corporales cuando el agente no tiene ninguna razón para mover su cuerpo de esa forma. Sin embargo, también ese criterio está sujeto a la objeción que expondré más adelante, por cuanto supone conciencia de los movimientos corporales.

cisiva para distinguir las acciones de los movimientos corporales que no sean tales. Esta es la tesis de Welzel, que fue oportunamente comentada⁸. G. H. von Wright⁹ asume también que la intencionalidad es una característica intrínseca de la acción humana, sirviendo para distinguir el resultado definitorio de cada acción de sus consecuencias causales extrínsecas. D. Davidson¹⁰ propone un criterio menos exigente que los anteriores, pero también conectado con la intencionalidad: sostiene que un movimiento corporal constituye una acción cuando aparece como intencional en por lo menos una de sus posibles descripciones; pero este criterio tampoco permite reconocer como acciones los casos ya mencionados en que el agente no tiene plena conciencia del movimiento corporal que realiza.

La línea de análisis que más frecuentemente se adopta en substitución de la concepción de "los actos de voluntad" es la de definir "voluntariedad" en términos de la capacidad y oportunidad del agente de actuar de un modo distinto de como lo hizo. Pero esta tesis tropieza con varias dificultades, la principal de las cuales es que la afirmación de que el sujeto pudo actuar de otra manera parece presuponer una referencia implícita a actitudes volitivas, aunque la forma en que se da esta relación conceptual entre poder y querer dista mucho de ser clara¹¹. Por otra parte, esta concepción no parece permitir la distinción entre la voluntariedad que caracteriza a las acciones por oposición a movimientos corporales, como los que responden a reflejos nerviosos, y la libertad para ac-

⁸ Ve rel capítulo I, parágrafo B, *d* de este trabajo.

⁹ *Norm and Action*, 1963, cap. III, 5. Coincido con la crítica que hace Kenny de esta forma de distinguir entre el resultado y las consecuencias de una acción (ver *Will, Freedom and Power*, cit., p. 54-55).

¹⁰ Ver *Agency*, cit., p. 7-12.

¹¹ Ver Kenny, *Will, Freedom and Power*, cit., p. 47 y siguientes.

tuar que el determinismo niega cuando sostiene que carecemos de poder para actuar de modo diferente de como lo hacemos; sin embargo, parece que aunque aceptáramos la tesis determinista, estaríamos en condiciones de distinguir conceptualmente entre una acción y un mero reflejo nervioso (cualquiera que sea la relevancia de tal distinción desde un enfoque determinista) ¹².

La percepción de las dificultades que presentan estas distintas alternativas de caracterizar el concepto de voluntariedad, ha provocado el actual renacimiento, bajo una nueva forma, del enfoque tradicional de las acciones voluntarias como aquellas que son causadas por voliciones, deseos o pro-actitudes del agente ¹³. Naturalmente, las críticas más graves contra ese enfoque se han considerado definitivas; por ejemplo, se suele admitir que es absurdo hablar de *actos* de voluntad, como si en la mente o el cerebro ocurriera un proceso análogo al de las acciones físicas y que precediera siempre a éstas. Sin embargo, otras objeciones —como la relacionada con la implausibilidad de sostener que un evento, que sólo puede identificarse en su relación a otro, sea la causa de ese otro— parecen haber sido superadas con éxito ¹⁴. Este enfoque está al parecer en una posición más cómoda que el que identifica voluntariedad con poder, para distinguir entre la voluntariedad que caracteriza a las acciones y la libertad para actuar que el determinismo rechaza. Sus adherentes pueden sostener —aunque recurriendo a una formulación más sofisticada que la que sigue— que una acción es voluntaria cuando es causalmente atribuible a deseos, pro-actitudes,

¹² Esto es señalado por J. L. Mackie en *The Grounds of Responsibility*, en Hacker, P. M. S. y Raz, J., eds., "Law, Morality and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart", Oxford, 1977, p. 175 y siguientes.

¹³ Ver por ejemplo, A. I. Goldman, ob. cit., y J. L. Mackie, ob. citada.

¹⁴ Ver por ejemplo, Davidson, D., *Actions, Reasons and Causes*, en "Journal of Philosophy", vol. 60, 1963.

etc., del agente (o a eventos lógicamente correlacionados con ellos), aun cuando la acción pueda, tal vez, no ser “libre”, si esas pro-actitudes son, a su vez, consecuencias causales de otros hechos. Naturalmente, la tesis tropieza, entre otras, con la dificultad, ya mencionada, de las acciones ejecutadas por hábito y que no parecen ir precedidas por una volición ocurrente”¹⁵. Las posibles salidas para esta dificultad podrían consistir o bien en incluir los hábitos entre los antecedentes causales de una acción que hacen que ésta sea voluntaria, o en proveer un análisis reductivo de los hábitos en términos de pro-actitudes más básicas.

Sin embargo, el problema de distinguir entre la voluntariedad y la libertad para actuar que el determinismo niega, aparece nuevamente tan pronto como ampliamos la noción de voluntariedad para abarcar una clase más de casos en que tenemos que admitir que el agente, aunque haya tal vez ejecutado una “acción”, no ha podido dejar de contraer responsabilidad penal. Decimos en algunos contextos que una conducta fue involuntaria o por lo menos, que es una acción que el agente no controló plenamente, cuando el agente no tuvo capacidad para actuar de otra manera, no porque fuera víctima de un reflejo o de un proceso hipnótico, sino porque era mentalmente insano o inmaduro (inimputable), o cuando no tuvo la oportunidad de dejar de actuar, no porque estuviera físicamente forzado a hacerlo, sino porque actuó presionado por amenazas o en estado de necesidad. Aunque estas dos clases de casos podrían incluirse en una ampliación de la noción de involuntariedad, con el fin de distinguirlos de los casos anteriores y de destacar sus propiedades comunes, los llamaré casos de “no atribuibilidad”. En estas situaciones,

¹⁵ Tomo esta expresión de Goldman, ob. cit., cap. IV, quien opone “voliciones ocurrentes” (*occurrent wants*) a “voliciones permanentes” (*standing wants*).

si bien quizá sea apropiado decir que el sujeto realizó una "acción" (como lo sostiene la teoría continental del delito), se trata de una acción que, en algún sentido, no es atribuible a él sino a su enfermedad, a su inmadurez o a las circunstancias extraordinarias a que estaba sometido.

La no atribuibilidad de una acción se asemeja a la involuntariedad en que puede afectar, como acabamos de ver, tanto la capacidad del agente como su oportunidad para actuar de otra manera. Sin embargo, los casos de no atribuibilidad se distinguen de los de involuntariedad en que son más dependientes que éstos de la descripción de la acción que se tome en cuenta. Mientras una acción puede no ser atribuible al sujeto bajo la descripción "entregar cien mil pesos a un asaltante", esa misma acción podría ser atribuible si la describiéramos como "entregar billetes marcados a un asaltante" (la posibilidad, que debiera discutirse más a fondo, de concluir lo mismo en algunas situaciones de no atribuibilidad por inimputabilidad podría tener consecuencias profundas para los criterios aplicables a estos casos).

Obviamente, la atribuibilidad de una acción no depende de que se haya dado una volición o pro-actitud de orden superior que haya generado causalmente las pro-actitudes que hacen a la acción voluntaria; por esta razón, la atribuibilidad de una acción no puede distinguirse de la libertad que el determinismo rechaza con el mero expediente de decir que una acción es atribuible al sujeto cuando está causalmente provocada por una tal volición de segundo orden, aunque haya estado, a su vez, generada por eventos de otra especie¹⁶. Pero tal vez obtengamos, si no una distinción substancial, al menos una elucidación de por qué distinguiríamos, aun adoptando un enfoque determinista, entre acciones atribuibles y no atribuibles,

¹⁶ Ver una sugerencia en este sentido en Glover, ob. cit., p. 80 y 81.

si prestamos atención al hecho —cuya relevancia veremos más adelante— de que nuestra definición e identificación de casos de no atribuibilidad presupone ciertos esquemas normativos que constituyen modelos de normalidad. Barbara Wootton¹⁷ ha destacado lúcidamente que las definiciones corrientes de enfermedad mental presuponen esquemas normativos e ideológicos que esta autora considera inaceptables. J. Glover¹⁸, reconociendo la dependencia de tales definiciones de presupuestos valorativos y compartiendo la apreciación de que los presupuestos corrientes son inapropiados, propone otro esquema normativo para definir la anormalidad mental, basado en la propensión del sujeto a dañarse a sí mismo. Es de advertir que los presupuestos valorativos o normativos intervienen aun en la definición del alcance de la inmadurez psicológica; en una sociedad imaginaria (y seguramente deliciosa) en la que el juego fuera considerado la actividad social más importante, probablemente a los niños se los tendría como perfectamente maduros para la inter-relación social. Lo mismo es aplicable a la caracterización de situaciones en que la acción no sea atribuible por falta de oportunidad para actuar de otra manera, por ejemplo cuando media coacción o estado de necesidad. Si lo que ahora consideramos como actos de heroísmo fueran normales en vez de supererogatorios, obviamente serían distintos de los actuales los casos en que estaríamos dispuestos a admitir que hubo coacción o necesidad. Esto sugiere que tal vez el esquema normativo que subyace a estos casos de no atribuibilidad está estrechamente conectado con el que se presupone en la definición de situaciones de no imputabilidad. Si, por ejem-

¹⁷ En *Social Science and Social Pathology*, Londres, 1959. También coincide con esta idea, Norberto E. Spolansky, *Imputabilidad disminuida, penas y medidas de seguridad*, LL, 1978-C-762, cuando dice que el concepto de enfermedad es un concepto cultural que requiere una pauta de valoración.

¹⁸ Ver ob. cit., cap. VI, secc. 5, 6 y 7.

plo, aceptamos la propuesta de Glover de caracterizar la no imputabilidad en relación a la inclinación del sujeto a dañarse a sí mismo, fácil será advertir el paralelo con los casos de coacción y necesidad, en los que el sujeto actúa de acuerdo con lo que se considera una reacción normal en circunstancias excepcionales, tratando de evitar un daño inminente para sí mismo; en ambos casos lo "normal" estaría caracterizado por la disposición a no frustrar los propios deseos e intereses vitales. Creo que la teoría continental del delito ha vislumbrado la semejanza entre los distintos casos de no atribuibilidad, y el hecho de que se distinguen de los casos de involuntariedad por suponer criterios de índole normativa, al clasificar todos los casos del primer grupo, no como casos de falta de acción sino de falta de culpabilidad, y sostener a la vez que la atribución de culpabilidad presupone juicios normativos.

La pregunta que no podemos eludir formularnos a esta altura, es si la presencia de una acción voluntaria y atribuible basta para sostener que el sujeto pudo dejar de contraer responsabilidad penal, satisfaciéndose una de las exigencias del principio de asunción de la pena, o si habría, en cambio, que exigir algo más, o sea que el agente haya actuado con el tipo de libertad que la doctrina determinista rechaza (suponiendo que sea ella distinguible de la voluntariedad y atribuibilidad de la acción).

El tema del libre albedrío es demasiado complejo y confuso para ser tratado satisfactoriamente en las pocas páginas que puedo dedicarle en el contexto de este trabajo. Sin embargo, voy a aventurarme a formular unas breves acotaciones destinadas, a la vez, a dar alguna idea de las dificultades que la controversia filosófica trata de superar y a insinuar tentativamente mi propia posición respecto de las tesis en pugna y de su relevancia para el principio de asunción de la pena.

Tradicionalmente la dogmática penal ha enfrentado el problema del determinismo en relación a la exigencia de "culpabilidad". En la medida en que afirmar que un sujeto es culpable implica sostener que actuó reprochablemente, se ha concluido que la culpabilidad supone el libre albedrío, ya que no se puede reprochar algo a alguien sin asumir que tenía libertad para dejar de ejecutarlo. Reprochar a alguien por lo que no pudo dejar de hacer, sería tanto como reprocharle el color de su piel o las circunstancias de su nacimiento. De este modo, se ha asumido que o bien suponemos que el hombre es normalmente libre para actuar o bien abandonamos la exigencia de culpabilidad como condición de la pena. La mayoría de los autores de la teoría continental del delito han optado, con variados fundamentos, por la primera alternativa: unos pocos autores en la actualidad, como Enrique Gimbernat Ordeig, apoyan la segunda opción. Este autor¹⁹ asume que el libre albedrío es indemostrable (por lo menos en el caso concreto) y aboga, en consecuencia por el abandono del principio de culpabilidad —que para él supone reprochabilidad por haber decidido hacer el mal a pesar de poder haber elegido el camino del derecho—, no obstante lo cual sostiene que este curso de acción es plenamente compatible con un derecho penal liberal que respete la dignidad humana.

Ahora bien, en este trabajo se ha objetado la idea, que Gimbernat Ordeig defiende, de que la pena pueda justificarse exclusivamente sobre la base de consideraciones utilitaristas de protección social. La principal crítica a esta concepción ha sido que ella implica asumir la tesis antiliberal de que es legítimo el sacrificio de ciertos hombres en beneficio del resto de la sociedad, sin adecuada

¹⁹ En *¿Tiene un futuro la dogmática penal?*, Salamanca, 1971, p. 91 y siguientes.

compensación por ese sacrificio. Pero el rechazo de las consideraciones utilitaristas como condición *suficiente* para justificar la pena, no ha conducido a una concepción retribucionista, que, como hemos visto, tiene que fundarse necesariamente en juicios acerca de la reprobabilidad moral de la gente y en una visión de la pena como respuesta adecuada a la autodegradación moral. Esta concepción fue también rechazada sobre la base de que contradice otro postulado liberal: que el derecho debe mantenerse neutro respecto de valoraciones acerca de la personalidad moral de la gente. Este rechazo de la concepción retribucionista de la pena podría hacer pensar que nos pone a salvo de toda presuposición acerca del libre albedrío; en la medida en que la teoría consensual que he esbozado para justificar la pena no supone, de ningún modo, la exigencia de reprochabilidad moral, parecería que fuera irrelevante toda consideración acerca de si los hombres son realmente libres para actuar como lo hacen. Sin embargo, lamentablemente no ocurre así; la concepción justificatoria de la pena que he bosquejado parece implicar que la imposición de una pena no es legítima si su destinatario no pudo actuar de otro modo que como lo hizo, en cuyo caso no podría decirse que ha consentido en contraer responsabilidad penal. De modo que el problema del libre albedrío se introduce en mi concepción de una forma totalmente distinta de la que tiene que enfrentar la concepción retribucionista tradicional. Pero, de cualquier modo, el principio de asunción de la pena depende de cierta postura frente a ese problema y se hace pasible de la objeción del profesor Gimbernat Ordeig de que el libre albedrío "es indemostrable". Todo lo que puedo hacer aquí frente a tal objeción es mostrar que las cosas son un poco más complejas de lo que ella parece suponer y sugerir una posible defensa de la tesis del libre albedrío, que tal vez podamos vislumbrar más claramente

gracias a la concepción consensual de la pena que he propuesto.

Una de las dificultades para encarar la discusión acerca del determinismo es que esta doctrina no es unívoca, sino que se han defendido distintas doctrinas deterministas. Una de ellas es el llamado “determinismo ético”²⁰, defendido por Sócrates y Platón, que en síntesis consiste en sostener que los hombres no pueden eludir conscientemente hacer el bien y que, cuando hacen algo malo, lo hacen necesariamente o por ignorancia o por compulsión. La objeción principal que se ha dirigido a esta concepción es que su plausibilidad mayor descansa en una caracterización implícita de la noción de bueno, como aquello que los hombres están inclinados a hacer, lo cual convierte la tesis en tautológica. Otro enfoque determinista es el denominado “determinismo lógico”, que sostiene, dicho brevemente, que dado que la verdad de una proposición es atemporal, una proposición acerca de lo que alguien hará hoy siempre ha sido verdadera o falsa —*tertium non datur*—, de modo que nada puede ocurrir hoy que altere el valor de verdad que la proposición ya tenía. Estrechamente conectado con esta concepción se encuentra el “determinismo teológico”, el cual afirma, en esencia, que si se acepta la existencia de Dios y se lo concibe como un ser omnisciente, Él conoce por anticipado lo que los hombres van a hacer, y no está en el poder de éstos actuar de otro modo, frustrando Sus expectativas, puesto que ello implicaría contradecir la hipótesis de Su omnisciencia. Los filósofos han empleado un arsenal de distinciones analíticas para enfrentar estas dos especies de determinismo; se ha dicho, por ejemplo, que las proposiciones acerca del futuro no son verdaderas ni falsas (lo cual

²⁰ Taylor, Richard, voz *Determinism*, en Edwards, P., ed., “Encyclopaedia of Philosophy”, Londres, 1967, vols. 1-2, p. 359.

implica una serie de complicaciones) y que la omnisciencia de Dios es compatible con la afirmación de que sólo conoce aquello que es lógicamente posible conocer²¹. Sin embargo, yo me inclino a pensar que hay una vía más sencilla para enfrentar estas especies de determinismo en la medida en que ellas se fundan en una supuesta incompatibilidad entre predecibilidad de la acción y libertad para actuar de otro modo —incompatibilidad que también es relevante en relación a otras doctrinas deterministas más sólidas y corrientes—. Que la predecibilidad de las acciones parece ser compatible con la posibilidad de omitir realizarlas se puede al parecer mostrar a través de este ejemplo de ciencia ficción: Asumamos por vía de hipótesis que en nuestro mundo las acciones que realizamos son completamente libres en cualquier sentido que el determinismo pretenda negar (salvo, por supuesto, el de no predecibilidad) e imaginemos, siguiendo a Cicerón, que, con el correr del tiempo y con el avance de la ciencia, descubrimos que entre los múltiples mundos extraterrestres hay uno que posee la curiosa característica de que hasta el momento en él han ocurrido exactamente los mismos acontecimientos que en nuestro mundo, con la única diferencia de que han transcurrido antes en el tiempo; esto nos permitiría (suponiendo que tenemos un medio de comunicación con ese mundo) predecir a partir de lo que ha ocurrido allí, las acciones que probablemente ocurrirán en nuestro mundo, sin que por ello tengamos que abandonar la hipótesis de que nuestras acciones son completamente libres²². Es cierto que este ejemplo hace re-

²¹ Ver voz *Determinism*, cit., en "Encyclopaedia of Philosophy", p. 361 y ss., especialmente la referencia al trabajo de Hartshorne, Charles, *Man's Vision of God*, Chicago, 1944. En el mismo sentido, ver el lúcido artículo de Bulygin, E., *Omnipotencia, omnisciencia y libertad*, en "Crítica", México, vol. X, nº 28, abril 1978.

²² La explicación de por qué ocurre lo mismo en los dos mundos no tiene por qué ser necesariamente que hay leyes causales a las que las accio-

ferencia a una situación totalmente irreal y hasta acaso imposible, pero él nos muestra, sin embargo, que es concebible la predecibilidad de las acciones aun en la hipótesis de que exista la posibilidad de evitar realizarlas. Un ejemplo diferente de Goldman²³ muestra cómo la existencia de predicciones verdaderas acerca de lo que vamos a hacer puede ser compatible con nuestra sensación subjetiva de que está a nuestro alcance falsear tales predicciones.

El determinismo más corriente y plausible es el que se presenta, ya como "determinismo psicológico", ya como "determinismo físico". El primero sostiene que nuestras acciones están determinadas causalmente por sucesos pre-existentes de índole psicológica o mental, como deseos, motivaciones o inclinaciones. Como más adelante veremos, es esta especie de determinismo la que han considerado más a menudo compatible con su concepción los defensores del libre albedrío. De cualquier modo, el determinismo psicológico aparece debilitado por el hecho de no poderse conectar directamente con el determinismo que

nes realizadas en uno u otro mundo se conforman igualmente. Se podría, sin embargo, replicar que, si no fuera así, no tendríamos razones para esperar que la coincidencia entre ambos mundos se mantuviera en el futuro y para predecir futuras acciones en nuestro mundo. Pero, así como la inducción empírica presupone la hipótesis de la regularidad de la naturaleza, en este caso la predicción de nuestras acciones se fundaría en la hipótesis de que tal coincidencia se mantendrá (la que tendría tanto o tan poco fundamento como aquella otra hipótesis). Se podría todavía objetar que esto nos conduciría a concluir que las acciones realizadas en el otro mundo son *causa* de nuestras acciones, debiéndose abandonar el presupuesto de que éstas no están determinadas. Sin embargo, creo que decir esto implicaría forzar nuestra noción ordinaria de causa y más bien se lo tomaría como un contra-ejemplo, análogo a muchos otros que se han alegado, para objetar el análisis de esa noción sólo en términos de conjunción constante entre acontecimientos.

23 Ob. cit., p. 186. El ejemplo es de alguien que encuentra un libro donde está relatada toda su vida, se propone falsear algunas de sus predicciones pero siempre ocurre algo (como olvidos, la decisión de dejar esa tarea para otra ocasión, etc.) que lo lleva a hacer finalmente la acción predicha, sin que, por ello, se sienta constreñido a realizarla.

se defiende con fundamentos aparentemente más sólidos en el contexto de las ciencias naturales. El determinismo físico sostiene, substancialmente, que nuestras acciones son el resultado causal de fenómenos mecánicos, fisiológicos, químicos, etc., que ocurren en nuestro organismo y, en especial, en el sistema nervioso central. La dificultad lógica principal que tiene que enfrentar esta concepción está relacionada con la necesidad de correlacionar enunciados acerca de acciones con enunciados acerca de movimientos corporales y fenómenos cerebrales. A. C. MacIntyre²⁴ ha argüido, por ejemplo, que los predicados de acción pertenecen a un nivel lógico completamente distinto del de los predicados acerca de movimientos corporales. Sostiene que una misma acción puede ser ejecutada por una variedad muy grande de movimientos corporales y que los mismos movimientos corporales pueden dar lugar a muy diferentes acciones. Afirma también que hay una serie de diferencias entre decir que se ejecutó una acción y decir que se realizó un cierto movimiento del cuerpo; por ejemplo, que en el primer caso, pero no en el segundo, tiene sentido preguntar por las razones de lo que se hizo y que en esta materia el agente tiene una especial autoridad que los observadores no comparten. Sin embargo, autores como G. J. Warnock²⁵ han objetado esta tesis diciendo que, si bien es verdad que los enunciados acerca de la materia física no son directamente traducibles a enunciados acerca de acciones, es innegable que los movimientos corporales establecen un cerco conceptual a las acciones posibles del individuo, ya que no toda descripción de acción es compatible con cualquier movimiento corporal.

Independientemente de la cuestión de especificar cuál

²⁴ En *The Antecedents of Action*, en Williams y Montefiore, eds., "British Analytical Philosophy", 1963.

²⁵ En *Freedom and the Will*, Londres, 1963, p. 76-77.

de estas distintas especies de determinismo se defiende en cada caso, y suponiendo que se adopte, por ejemplo, el determinismo físico, queda en pie todavía el problema de definir qué *status* lógico tiene el principio determinista de que todo evento, incluso las acciones humanas, tiene una causa. Hay principalmente tres posiciones acerca de esta cuestión: en primer lugar, la que concibe a tal enunciado como un postulado metafísico, o sea como un postulado que pertenece a nuestro esquema conceptual básico a través del cual el mundo se nos hace inteligible. Es sumamente difícil evaluar la validez del enunciado determinista cuando se lo presenta como parte de una concepción metafísica, ya que si bien una tal concepción no está sometida directamente al control de observaciones empíricas, sino que sirve para interpretar tales observaciones, hay alguna conexión entre ella y los estados de cosas empíricos, y esa conexión no es fácilmente elucidable²⁶. En segundo término, el principio determinista puede ser defendido como una hipótesis empírica contrastable por la experiencia. Como enunciado empírico el principio determinista presenta la forma de una ley universal, y por lo tanto comparte con otras leyes de esta índole la característica de que es lógicamente imposible su verificación completa. Esto ha inducido a K. Popper²⁷ a sostener que si las leyes universales son aceptables, tienen que serlo, no sobre la base de su verificabilidad, sino teniendo en cuenta su "falseabilidad", o sea el hecho de que estén expuestas a la posibilidad de que aparezcan contra-ejemplos que las muestren como falsas; un solo contra-ejemplo basta para falsear una ley universal, y una ley tiene más valor científico en la medida en que esté más expuesta a ser falseada sin que lo sea efectivamente.

²⁶ Ver Collison, D., *The Free Will Problem*, Bletchley, 1973, p. 14.

²⁷ Ver *La lógica de la investigación científica*, tr. V. Sánchez de Zavalá, Madrid, 1967, cap. IV.

Sin embargo, el problema del principio determinista es la carencia de criterios para detectar casos que lo falsearían, ya que ante casos que aparentemente son de eventos no causados, propendemos naturalmente a descalificarlos como contra-ejemplos, suponiendo que algún día llegaremos a descubrir su causa. Aunque esto parece afectar el contenido empírico del principio determinista, sus defensores han buscado otros caminos para mostrar que se puede verificar empíricamente; Glover²⁸, por ejemplo, sostiene que este principio puede contrastarse empíricamente como otras super-generalizaciones empíricas, o sea a través de leyes más específicas conectadas con ellas. Sin embargo, esta analogía ha sido objetada²⁹ con el argumento de que, a diferencia de otras generalizaciones empíricas, el principio determinista no puede ser fortalecido mostrando su consistencia con otras hipótesis del mismo nivel, porque no hay otras super-generalizaciones que correspondan al mismo nivel que el principio determinista. En tercer lugar, puede atribuirse al principio determinista de que todo evento tiene una causa el *status* lógico de un principio regulador de la investigación científica³⁰, o sea, puede concebirse como una hipótesis de trabajo, como una regla procedimental que prescribe a los científicos buscar causas para todo evento que no haya sido explicado todavía. La justificación del principio determinista así interpretado sería de naturaleza pragmática y se fundaría en la idea de que, si no se lo aceptara, la investigación científica cesaría. Pero si el determinismo se concibe meramente como un principio regulador, no se ve cómo pueda él oponerse a la tesis des-

²⁸ Ob. cit., p. 23.

²⁹ Por ejemplo, D. J. O'Connor en *Free Will*, p. 49-50, citado por Collison, ob. cit., p. 19.

³⁰ Ver J. Hospers, *Introduction to Philosophical Analysis*, Englewood Cliffs, 1953, cap. IV.

criptiva del libre albedrío, o sea la idea de que por lo menos algunas de nuestras acciones no son resultado inevitable de condiciones previas.

Solamente una vez superados estos problemas conceptuales y epistemológicos y una vez acotada con precisión la tesis determinista tanto en relación a su contenido como a su *status* lógico, tiene sentido indagar acerca de su verdad o validez. En este nivel de análisis se ha generado toda otra serie de discusiones sumamente complejas. Como es sabido, se alega generalmente que la mecánica cuántica falsifica el determinismo físico concebido como una hipótesis empírica³¹. En cuanto al determinismo psicológico se ha objetado que las generalizaciones acerca de la conducta humana que los psiquiatras y psicólogos formulan no constituyen leyes análogas a las de las ciencias naturales, y no son, en consecuencia, aptas para apoyar la hipótesis determinista. Por ejemplo, J. R. Lucas dice³²: “El determinismo psicológico es una aspiración más que una amenaza... No conocemos leyes psicológicas que nos permitan hacer algo más que predicciones aproximadas, de suma vaguedad. El determinismo psicológico ha adquirido popularidad porque algunos trastornos en la vida adulta han sido explicados más o menos convincentemente como resultado de experiencias en la temprana infancia. Pero las explicaciones ofrecidas por los psicoanalistas raramente son de una regularidad ‘hempeliana’. Su misma plausibilidad proviene de que ofrecen razones de ciertos síntomas, más que de constituir una enunciación simplificada de una ley que se haya descubierto que es invariablemente verdadera... En la medida en que podamos construir una predicción a partir de una explicación en términos humanos, será ella una predicción cautelosa

³¹ Ver Lucas, J. R., *The Freedom of the Will*, Oxford, 1970, cap. 20.

³² Ob. cit., p. 78 y 79.

o falible, como todas las otras predicciones humanas... Podemos estar suficientemente seguros de nuestras predicciones como para actuar sobre la base de ellas, pero no tanto como para negar la posibilidad del libre albedrío... Más aún, las predicciones del tipo de las que los psicólogos presentan, suelen formularse en términos muy generales. No predicen, ni se pretende que podrían predecir, que a las 10 de la mañana del 25 de marzo del año que viene adoptaré tal postura corporal o pronunciaré tales y cuales palabras. Lo que predicen es que tendré una tendencia hacia una neurosis de ansiedad; que seré exageradamente escrupuloso en observar las promesas o que tendré un horror obsesivo a la suciedad. Estas son disposiciones o tendencias. Y ellas no determinan nuestras acciones. Sólo mediante una extrapolación de enorme audacia podríamos llegar a pensar que puedan predecirse tantas de las disposiciones humanas como para que la respuesta de un hombre en una situación dada pueda también ser predicha”.

Pero, aunque concluyéramos que el determinismo en alguna de sus variedades es demostrablemente verdadero, la tesis del libre albedrío no quedaría automáticamente descalificada si no descartamos antes los múltiples intentos que se han producido para mostrar que tal tesis es *compatible* con la verdad del determinismo. El intento más famoso en este sentido es el de Hobbes y Hume³³, que consiste, en síntesis, en sostener que “libertad” no significa otra cosa que “ausencia de compulsión” (o “voluntariedad” en el sentido ya expuesto) y, en consecuencia una acción es libre cuando es el resultado de nuestra voluntad o decisión y no de factores externos que operan con prescindencia de tal voluntad o decisión, indepen-

³³ Vez voz *Determinism*, en “Encyclopaedia of Philosophy”, cit., p. 364-365, 366-367.

dientemente de que, a su vez, nuestra voluntad sea el resultado de factores causales precedentes. De este modo, se supone que el sostener que una acción es libre es perfectamente compatible con el principio de que todo evento tiene una causa; la causa de nuestras acciones es la decisión de realizarlas, y tal decisión puede, por su parte, reconocer causas ulteriores. Este desarrollo está evidentemente basado en el significado aparente de la expresión "libre" cuando es aplicada a las acciones. En la misma línea de análisis, G. E. Moore ha sostenido la tesis, fuertemente atacada por J. L. Austin³⁴, de que un enunciado como "yo podría haber actuado de otro modo" es inherentemente condicional, debiendo ser analizado como equivalente al enunciado "yo podría haber actuado de otro modo, si así lo hubiera querido". Pero parece, en principio, claro que esta salida compatibilista no satisface a los defensores del libre albedrío, pues ellos no se conformarían con admitir que una acción es libre por el hecho de tener una decisión como su antecedente causal aunque tal decisión fuera el resultado ineludible de otros factores causales; lo que parece requerirse implícitamente cuando se dice que una acción es libre es que la decisión de realizarla haya podido ser evitada y no sea el resultado causal necesario de circunstancias que el agente no controla. Si bien esta solución compatibilista es aparentemente defectuosa, los filósofos modernos han dado una multitud de respuestas que se superan unas a otras en el grado de sofisticación de las herramientas analíticas utilizadas, tendientes a demostrar que el determinismo es compatible con la tesis del libre albedrío³⁵.

³⁴ El punto de vista de Moore está expuesto en *Ethics*, Oxford, 1966. La famosa crítica de Austin, en *Ifs and Cans*, en "Proceedings of the British Academy", 1956.

³⁵ Un buen ejemplo de esta clase de análisis es la exposición de A. Kenny en *Freedom, Spontaneity, and Indifference*, en Honderich, T., ed., "Essays on Freedom of Action", Londres, 1973, p. 87. Ver también una

Un enfoque compatibilista sumamente interesante y que se desvía de los lineamientos de otros intentos en el mismo sentido, es el que ha presentado P. F. Strawson en su ensayo *Freedom and Resentment*³⁶. Este autor nos invita a reflexionar acerca de la enorme importancia que en nuestras relaciones con otras personas tienen ciertas actitudes reactivas, como las de gratitud, resentimiento, perdón, amor, estima, indignación, etc., y en qué medida gran parte de nuestros sentimientos personales y acciones hacia otros dependen de tales actitudes reactivas. En la vida cotidiana nos importa sobremanera determinar hasta qué punto las acciones de los demás reflejan actitudes hacia nosotros de buena voluntad, afecto o estima, por un lado, o actitudes de malevolencia, desprecio o indiferencia, por el otro. Si alguien, por ejemplo, nos lastima al tratar de ayudarnos, el dolor puede ser el mismo que si lo hubiera hecho con el deseo malicioso de hacernos sufrir, pero en el primer caso no tendríamos el mismo grado de resentimiento que nos provocaría la segunda acción. Estar envuelto en una relación interpersonal con otra gente implica, según Strawson, asignar importancia a las actitudes de ellos hacia nosotros y estar dispuestos, de nuestra parte, a desarrollar sentimientos y actitudes reactivas características hacia ellos.

El profesor Strawson distingue diferentes clases de actitudes reactivas: actitudes personales que consisten en una reacción que responde a la calidad de las intenciones de otros hacia nosotros, como resentimiento y gratitud; actitudes vicarias que adoptamos frente a la buena o mala voluntad que otros tienen hacia gente distinta de nosotros,

propuesta muy sugestiva en Foley, R., *Compatibilism*, en "Mind", vol. LXXXVII, nº 347.

³⁶ Publicado en su volumen *Freedom and Resentment and Other Essays*, Londres, 1974, p. 1.

como las de indignación y aprobación moral; y las actitudes autorreactivas que desarrollan los propios individuos de quienes se espera que actúen con buena voluntad hacia nosotros o hacia otros, y que aparecen como reflejo de nuestras actitudes reactivas frente a ellos por haber frustrado esa expectativa: las actitudes de vergüenza, culpa, remordimiento, etcétera.

El autor se ocupa especialmente de la actitud de resentimiento y distingue algunas de las circunstancias que llevan a modificar o suspender esta actitud. Una de tales situaciones se da cuando la persona que nos ha dañado "no se dio cuenta de lo que hacía"; en este caso no expresamos resentimiento hacia ella, y no por ello suspendemos nuestra relación interpersonal con ella, puesto que no cesamos de considerar a tal persona como un agente humano de quien se puede reclamar buena voluntad y que es un destinatario adecuado de otras actitudes reactivas. Pero cuando estamos frente a alguien a quien consideramos psicológicamente anormal, o completamente perturbado o moralmente incapaz, todas nuestras actitudes reactivas se modifican profundamente y cesamos de tener hacia él una relación interpersonal, para adoptar en cambio un enfoque "objetivo". Pasamos a considerarlo como un objeto de tratamiento o de cura; podemos preocuparnos por él, pero no participar con él en transacciones interpersonales que envuelven típicamente actitudes reactivas. El determinismo parece invitarnos a que adoptemos el mismo enfoque objetivo, no sólo en estas circunstancias excepcionales, sino también en todas nuestras relaciones con los demás e incluso en nuestra visión de nosotros mismos. Sin embargo, dice Strawson, esto es completamente inconcebible porque las actitudes reactivas están tan profundamente arraigadas en nuestra visión de la vida social que es imposible imaginar cómo tendríamos que comportarnos para responder a aquella invitación. Es absoluta-

mente inimaginable que el mero convencimiento de la verdad de una cierta teoría, como el determinismo, nos lleve a alterar toda la gama de nuestras relaciones con otros hombres. Cuando excepcionalmente suspendemos nuestras actitudes reactivas y adoptamos un enfoque objetivo hacia otros, no lo hacemos porque creamos que su conducta está causalmente determinada sino porque pensamos que están incapacitados para participar en una relación interpersonal o porque consideramos que es más conveniente o útil no vernos envueltos en una tal relación con ellos, sino adoptar hacia ellos actitudes objetivas. Se podría objetar, dice Strawson, que, de cualquier modo, la pregunta que corresponde hacerse es si no sería racional —por difícil que fuera— adoptar un enfoque objetivo hacia otros y hacia nosotros mismos, en el caso de que el determinismo fuera verdadero. Su respuesta es que tal pregunta no tiene sentido porque nuestro compromiso a adoptar relaciones interpersonales con otros es algo que forma parte esencial de nuestra concepción general de la vida humana y no es susceptible de revisión dentro del marco de esa concepción. No tenemos elección en esta materia, y si, por hipótesis, la tuviéramos, tendríamos que decidir tomando en cuenta las consecuencias que tal decisión tendría respecto del enriquecimiento o empobrecimiento de la calidad de la vida humana, y la verdad o falsedad del determinismo es irrelevante para la racionalidad de esta elección.

Este desarrollo de Strawson ha sido tan aclamado como censurado. Una objeción típica es la que formula T. Honderich³⁷ cuando sostiene que las actitudes reactivas, como la de resentimiento, presuponen que la persona hacia la cual lo experimentamos haya podido actuar en forma

³⁷ En *Punishment. The Supposed Justifications*, Londres, 1976, p. 125 y siguientes.

diferente de como lo hizo y que si se nos demostrara que no fue así, nos sentiríamos tan poco autorizados para estar resentidos contra él como si estuviéramos frente a un esquizofrénico. Esto no quiere decir, sostiene Honderich, que si el determinismo fuera verdadero tendríamos que concluir que todo el mundo es “anormal” (lo cual es absurdo porque lo anormal sólo tiene sentido en contraste con lo que es normal), pero sí se infiere de ello que las razones para suspender o modificar nuestras actitudes reactivas frente a quienes ahora, bajo una concepción no determinista, consideramos anormales, serían aplicables, de adoptar la hipótesis determinista, a nuestras relaciones con todos los demás. Esto tampoco implica, sostiene este autor, que tales actitudes vayan a desaparecer como cuestión *de hecho* en el caso de aceptarse el determinismo—esta es una materia en la que sólo caben especulaciones sin mucho fundamento—; lo que, en cambio, parece ser cierto es que la persistencia de tales actitudes sería inconsistente con nuestra nueva visión de la persona humana.

Es importante determinar hasta qué punto el enfoque de Strawson es relevante para la concepción justificatoria de la pena que yo he presentado en este trabajo. En un primer nivel de análisis, lo que Strawson dice acerca de la independencia de nuestras actitudes reactivas morales y no morales respecto de la tesis determinista, es irrelevante para una justificación de la pena como la que he ensayado. Tal justificación no depende, como hemos visto, de la compenetración entre la práctica de imponer penas y las actitudes reactivas de la comunidad y los funcionarios hacia los destinatarios de ellas, aunque tales actitudes reactivas han sido tomadas en cuenta en la caracterización del concepto de pena. Al contrario, y en contraste con lo que Strawson manifiesta cuando habla de la pena³⁸, he mostrado simpatía por la actitud,

³⁸ Ver ob. cit., p. 20 y siguientes.

corriente entre los "abolicionistas", de adoptar un enfoque "objetivo" en el tratamiento de la delincuencia (aunque he coincidido con Strawson en que no es imaginable que las actitudes reactivas de la comunidad hacia los autores de delitos vayan a desaparecer o modificarse profundamente como consecuencia de una reforma en las prácticas punitivas). Más aún, he rechazado explícitamente la idea de que es condición necesaria, y tal vez suficiente, para justificar la pena la presencia de circunstancias que fundamentan nuestras actitudes reactivas morales hacia quienes han cometido actos ilícitos. La pena no debe, en una sociedad liberal, presuponer o ser un medio para adscribir reprobabilidad moral. Por eso, el supuesto hecho de que la verdad del determinismo no pueda incidir en nuestras actitudes reactivas morales hacia los autores de delitos, no tiene relevancia directa para determinar hasta qué punto la justificación consensual de la pena que he defendido se ve afectada por la hipótesis determinista. Pero la presunta persistencia o inalterabilidad de las actitudes reactivas frente a la comisión de delitos tampoco constituye un obstáculo para la justificación propuesta, ya que ella no depende de la desaparición de esas actitudes (aunque se considere deseable la adopción de un enfoque más "objetivo" hacia los que delinquen, sobre todo por parte de los órganos estatales), sino que sólo implica que la prescripción y aplicación de penas no debe fundarse en la suposición de que los actos punibles son objetos adecuados de tales actitudes.

Sin embargo, el desarrollo de Strawson es, desde otro punto de vista, sumamente esclarecedor en relación al problema de la compatibilidad entre el principio de asunción de la pena y la hipótesis determinista, porque él constituye un ejercicio de estrategia filosófica que puede ser fructíferamente expandido para elucidar tal cuestión.

El principio de asunción de la pena exige una parti-

cular actitud subjetiva que se ha definido como la de *consentir* contraer responsabilidad penal. Se ha alegado oportunamente que este consentimiento es la misma actitud que se requiere idealmente para justificar la validez de los contratos y otros actos jurídicos. Ahora bien, la tesis determinista parece implicar que nunca estamos en condiciones de consentir, decidir o intentar libremente algo, porque nuestro consentimiento, nuestras decisiones e intenciones son el resultado causal necesario de factores precedentes. El profesor Sebastián Soler³⁹ observa con mucha lucidez: "Véase ahora el contraste: cuando el péndulo metafísico osciló hacia el otro lado, el determinismo positivista ántropo-sociológico entró a saco e hizo estropicios dentro del derecho penal, despojándolo hasta del concepto de culpa y de pena. Nada menos. Y eso le ocurrió solamente al derecho penal, a pesar de ser evidente que si el hombre no es libre en la comisión de un delito, no se comprende cómo podría serlo al otorgar un contrato. Y en efecto, a pesar del determinismo metafísico, la teoría civil del delito y del contrato, como las dos grandes fuentes de las obligaciones, continuó tan tranquila como si nada hubiese ocurrido en el mundo. Con total indiferencia, ni se insinuó siquiera que los contratos fueran inválidos porque no existe libre albedrío o que no fueran exigibles las obligaciones *ex delicto* porque nadie es culpable". ¿Qué lección podemos extraer de esta aguda observación, que es aún más relevante respecto de una teoría de la responsabilidad penal fundada en el consentimiento y no en la culpa? No, ciertamente, que los penalistas no deberían preocuparse por el determinismo por la razón de que tal doctrina no ha preocupado mayormente a los civilistas; un determinista consecuente podría alegar, tal vez, que su concepción debe ser tomada en cuenta también

³⁹ *Estructuras objetivas y figuras jurídicas*, en "Derecho comparado", Bs. As., 1977, n° 1, p. 88.

en el derecho civil, tanto como en el derecho penal. La lección consiste, en cambio, en mostrar, siguiendo los lineamientos de la estrategia de Strawson, las implicaciones que esta posición tiene para la vida social si se la toma en serio y es debidamente generalizada (abarcando casos como el de los contratos), y en preguntarse, luego, si estamos obligados a aceptarla.

No es aventurado afirmar que las consecuencias que tendría para la vida social el no tomar en cuenta actitudes subjetivas como el consentimiento, las decisiones e intenciones de la gente para determinar qué actitudes, acciones, prácticas e instituciones debemos adoptar, serían todavía mucho más profundas y perturbadoras que la mera desaparición de las actitudes reactivas de que nos habla Strawson. En realidad el abandono de tales actitudes reactivas estaría determinado precisamente por esa descalificación del consentimiento, decisiones e intenciones, y no sería más que una de sus consecuencias. No sólo tendríamos que rectificar nuestras prácticas punitivas y contractuales, sino también las instituciones sociales y políticas fundamentales y toda la gama de relaciones que tenemos con los demás seres humanos y nuestra visión de nosotros mismos; habría que cuestionar cada uno de nuestros actos y actitudes para los cuales son relevantes las actitudes subjetivas de los demás y nuestras propias decisiones e intenciones. Cambiaría radicalmente nuestra concepción básica de la persona humana, puesto que, para una multitud de propósitos, identificamos a los hombres con sus actitudes subjetivas; como dice Wittgenstein⁴⁰: “Mi actitud hacia él es una actitud hacia su alma. Yo no soy de la *opinión* que él tiene un alma”. Se alteraría también nuestra actitud frente a los juicios teóricos, incluso

⁴⁰ Wittgenstein, L., *Philosophical Investigations*, tr. G. E. M. Anscombe, Oxford, 1968, II, IV. (El subrayado es mío.)

frente al juicio que sostiene la verdad del determinismo”⁴¹. Si el cuadro de la vida humana que obtendríamos con la desaparición de las actitudes reactivas es, como dice Strawson, inconcebible, mucho más inconcebible viene a ser la imagen de un grupo humano cuyas acciones, actitudes, prácticas e instituciones no tomaran seriamente en cuenta las intenciones y decisiones de sus integrantes; ni el talento de un Huxley podría evocar tan siquiera una visión borrosa de algunos aspectos de tal sociedad⁴².

Pero ¿es cierto que la aceptación de la tesis determinista nos conduciría hacia el abismo de una vida humana irreconocible? Espero que a esta altura se haya comenzado a sospechar que no. El determinismo sostiene, como acabamos de enunciar, que nuestras decisiones e intenciones son resultado ineludible de factores causales preexistentes. Esto no es lo mismo que decir, ni implica afirmar que no debemos tomar seriamente en cuenta las decisiones o intenciones de la gente para determinar qué actitudes y acciones debemos adoptar hacia ellos o para diseñar prácticas e instituciones que los involucren. Mientras el determinismo, tal como fue enunciado, es supuestamente una tesis descriptiva, la última proposición expresa una tesis normativa que no se infiere de la anterior. Es verdad que a veces se confunde el determinismo con esta última tesis, pero en este caso el determinismo se convierte en una concepción normativa que no puede probarse con los argumentos de hecho que se suelen aducir en su apoyo, sino que debe justificarse recurriendo a otra clase de razones.

⁴¹ En relación a cómo la tesis determinista afecta nuestra concepción de las creencias teóricas, incluso la creencia en la verdad del determinismo, y en su supuesta auto-refutación práctica, ver Lucas, ob. cit., caps. 21, 22, 23 y Honderich, ob. cit., p. 132 y siguientes.

⁴² Ver este punto también en I. Berlin, *Four Essays on Liberty*, 1969, “Historical Inevitability”, p. 113.

La tesis del libre albedrío se opone a la tesis determinista en tanto y en cuanto se la conciba a ella también en términos descriptivos. Pero la forma en que suele defenderse el libre albedrío y las ideas y actitudes asociadas con tal defensa, hacen suponer que detrás de esta tesis se esconde una concepción normativa fundamental que no es incompatible con la hipótesis determinista. Una formulación aceptable de tal concepción podría ser que debemos tratar a los hombres como personas, o sea que debemos tratarlos tomando seriamente en cuenta sus actitudes subjetivas; que no debemos considerar sus decisiones, intenciones, preferencias y opiniones en forma análoga a su color de piel, su grupo sanguíneo, su cociente intelectual o sus trastornos hormonales. Este es un principio tan básico en todo sistema moral conocido que vacilaríamos en calificarlo de mero principio moral. Sin embargo, a veces se lo presenta como el principio moral de la dignidad de la persona humana, y es esta dignidad la que se considera lesionada cuando un interlocutor descalifica nuestras intenciones, decisiones y juicios por suponerlos resultado ineludible de nuestras experiencias infantiles, de nuestra particular inserción en la sociedad o de los procesos fisiológicos que ocurren en nuestro cerebro. Cuando, frente a esto, invocamos nuestra dignidad como personas, no necesitamos negar la hipótesis determinista, sino poner énfasis en que el mismo interlocutor, al formular su opinión respecto de nuestras actitudes subjetivas, tiene la expectativa, que debe consistentemente universalizar, de que a él se lo trate también como persona, tomando en cuenta su opinión en virtud de sus méritos intrínsecos y no reaccionando frente a ella como ante un mero reflejo condicionado.

No estoy muy seguro de que Strawson tenga razón cuando dice que no tiene sentido preguntarse por la racionalidad de la posible elección entre seguir sustentando

o abandonar esta concepción normativa fundamental, pero sí creo, en cambio, que tiene razón cuando dice que, en todo caso, tal elección tendría que fundarse en las radicales y profundas consecuencias que ella tendría para el enriquecimiento o empobrecimiento de la vida social, y que ello es completamente independiente de la verdad de la hipótesis determinista. Los que propugnan el abandono de la concepción normativa que mencionamos tendrían que mostrar las ventajas de una vida social que se conformara a la concepción alternativa. Pero ¿cómo podrán hacerlo si ni siquiera están en condiciones de presentar una descripción inteligible de lo que sería la vida humana bajo esa otra concepción? Los que, en cambio, no cuestionan directamente la concepción normativa del libre albedrío, sino que se limitan a apoyarse en la hipótesis descriptiva del determinismo para preguntar cómo puede ser libre una manifestación de consentimiento si ella está tan determinada como nuestro color de piel, tendrían que considerar la réplica de que, una vez que aceptamos esa concepción normativa básica, la noción de libertad sólo tiene sentido en el contexto de tal concepción, y que lo que corresponde preguntarse es, a la inversa, si ella permite tratar hechos tales como los reflejos nerviosos de un hombre o las acciones de un insano en forma diferente de como debemos tratar lo que consideramos genuinas manifestaciones de la personalidad humana. La respuesta respecto de los actos involuntarios que no responden a actitudes subjetivas, surge directamente de la formulación más elemental de la concepción normativa general que implica identificar a las personas con sus actitudes subjetivas; en cambio, la respuesta en relación a acciones no atribuibles requiere presentar una versión más precisa y articulada de dicha concepción normativa y de los criterios de normalidad que subyacen a su enfoque de la persona humana y que permiten decir, como se ha afirmado, que ciertos actos no

son atribuibles al agente como persona sino a su enfermedad o inmadurez o a las circunstancias extraordinarias a las que estuvo sometido. Quienes, como Hobbes y Hume, afirmaron que el determinismo no se opone al libre albedrío, porque el que una acción sea "libre" sólo significa que responde a las actitudes subjetivas del agente en condiciones normales, podrían tener razón, después de todo; pero a mi modo de ver no destacaron suficientemente que ello presupone un postulado normativo acerca del tratamiento de los seres humanos como personas.

Creo que la justificación consensual de la pena que yo he propuesto está más protegida contra el determinismo por este enfoque del libre albedrío que lo que lo está el retribucionismo corriente. Porque, a pesar del desarrollo precedente, alguien podría alegar que la noción de reprochabilidad moral no es, por alguna razón, relativa a una concepción normativa que prescriba tomar seriamente en cuenta las actitudes subjetivas de la gente independientemente de su posible determinación, y que el hecho de que abandonemos o modifiquemos nuestras prácticas de condenar moralmente a la gente no alteraría tan radicalmente el conjunto de relaciones interpersonales que constituyen la vida social. Esta posible réplica no es, sin embargo, aplicable a una justificación de la pena basada, no en la idea de culpa, sino en la de consentimiento. Que debemos otorgar validez al consentimiento de la gente prestado en condiciones normales es precisamente lo que la concepción normativa a que me referí requiere directamente, y no es una supuesta consecuencia de tal concepción, que podría ser cuestionada sin impugnar esta última. Por otra parte, el desconocer el consentimiento de la gente implica, dada la definición de "consentimiento", no tomar en serio sus intenciones y preferencias, y es innegable que esto, una vez generalizado, conduciría, como dijimos, a la desaparición de la vida social tal como la conocemos. Si

adoptamos un procedimiento intelectual parecido al de la "posición originaria" de Rawls y nos preguntamos si seres racionales y autointeresados aceptarían, aunque creyeran en la verdad del determinismo, que ciertas instituciones y prácticas sociales como el matrimonio, o el someterse a tratamiento médico y por lo menos algunas distribuciones de bienes se diseñaran tomando en cuenta lo que comúnmente entendemos por consentimiento voluntario de las personas afectadas, resulta difícil imaginar razones para una respuesta negativa. Y si se acepta que debe otorgarse validez al consentimiento de la gente en relación con tales instituciones o prácticas, no se advierte cuál sería la razón para negar efectos al consentimiento cuando se tratara de distribuir las penas que fueran necesarias para evitar males sociales mayores.

B. LAS ACTITUDES SUBJETIVAS QUE CONDICIONAN LA APLICACIÓN DE LA PENA

a) *El concepto de motivos y la irrelevancia de éstos para la responsabilidad penal*

Hemos visto que los motivos que tuvo el agente para cometer el delito no deberían ser tomados en cuenta para adscribir responsabilidad penal bajo una concepción liberal que excluye la idea de que tal responsabilidad presuponga una evaluación moral de la personalidad del agente. Como esta posición puede ser mal interpretada en razón de la variedad de sentidos que tiene la palabra "motivo", vale la pena detenernos brevemente en el análisis del concepto.

Uno de los más esclarecedores tratamientos del tema fue propuesto por Eric D'Arcy⁴³, por lo cual es conve-

⁴³ *Human Acts*, Oxford, 1966, parte II, cap. 4.

niente resumir sus principales tesis. Señala D'Arcy que atribuimos motivos únicamente a los actos u omisiones intencionales, excluyendo hechos como el pánico que hace que el automovilista desvíe su vehículo y golpee a un peatón, o la explosión que hace saltar a alguien de su silla. Agrega que todos los enunciados acerca de motivos proveen explicaciones de acciones, pero no toda explicación de acciones es un enunciado acerca de motivos. En particular, explicaciones en términos de circunstancias externas al agente, otras que recurren a creencias, y otras en términos de impulsos, emociones, estados psicológicos, etc., no son enunciados acerca de motivos.

D'Arcy sugiere que las explicaciones que son enunciados acerca de motivos son aquellas que se formulan en términos de objetivos. Agrega que esta clase de explicación se distingue de otras por el hecho de que dar el motivo de una acción muestra a ésta desde un punto de vista moral diferente. Ello ocurre de tres maneras distintas: cuando atribuimos a una acción aparentemente buena un motivo indigno; cuando atribuimos un motivo honorable a una acción aparentemente mala; cuando la acción y el motivo (sean buenos o malos) pertenecen a diferentes especies de bondad o maldad. El autor señala que la cuestión acerca del motivo de una acción surge cuando se busca un objetivo diferente de aquel que acompañaría naturalmente a la acción. Una excepción a esto, que advierte D'Arcy, se presenta cuando se dice, por ejemplo: "mi único motivo para practicar gimnasia es fortalecer mi cuerpo", en cuyo caso la calificación del motivo como "mero", "simple" o "único", demuestra que la palabra está usándose de un modo anómalo, para descartar la idea de que exista algún propósito fuera de lo común.

Además de ese tipo "anómalo" de enunciados acerca de motivos, D'Arcy distingue otras dos especies de ellos que corresponden al uso central de la palabra "motivo":

primero, aquellos enunciados en los que “motivo” se usa en un sentido “prospectivo” para indicar una meta u objetivo no asociado naturalmente con la acción y que torna la acción valiosa para el agente. El autor afirma que la lógica de esta clase de enunciados se funda simplemente en la relación “medio-fin”. Segundo, los enunciados en los que “motivo” tiene un sentido “retrospectivo”, apuntado hacia el pasado (es el caso de motivos como la venganza o la gratitud). D’Arcy sugiere que su peculiaridad consiste en que si bien se refieren a un objetivo comúnmente asociado con la acción, explican dicha acción (por lo común no deseable en sí misma) dirigiendo la atención a un hecho pretérito o contemporáneo que la vuelve atractiva para el agente.

Sostiene finalmente D’Arcy, en un breve pasaje, que motivos e intenciones no son “diferentes piezas del mobiliario mental”; la diferencia está entre los enunciados acerca de intenciones y enunciados acerca de motivos: mientras los primeros identifican acciones, los segundos las explican.

Aunque concuerdo con esta interpretación de D’Arcy, quiero aclarar algunos puntos que pueden inducir a confusión.

Se puede inferir de la exposición precedente que los motivos retrospectivos aluden a eventos que preceden o son contemporáneos con la acción, de tal forma que el carácter de los respectivos enunciados es completamente diferente del de los enunciados sobre motivos prospectivos que se refieren a objetivos a concretarse en el futuro. Sin embargo, los enunciados sobre motivos retrospectivos, como venganza o gratitud, describen la intención del agente de producir un estado de cosas futuro, exactamente lo mismo que los enunciados acerca de motivos prospectivos. Tomemos, por ejemplo, la venganza: es obvio que puede ser el objetivo de un homicidio en el mismo sentido que

lo es heredar a la víctima; ambos objetivos se los representa el agente como estados de cosas que pueden concretarse en el futuro mediante un curso de acción apropiado.

La característica común de ambas clases de motivos es precisamente aquello que los distingue de otras clases de circunstancias que también pueden mencionarse en explicaciones de acciones y que hasta pueden denominarse "motivos", en un sentido más amplio del término, que D'Arcy excluye del concepto central que analiza. La nerviosidad, el aburrimiento, la explosión que nos hace saltar de la silla, etc., son todos hechos o estados psicológicos que ocurren antes que la acción o contemporáneamente a ella y no representan futuros eventos que el agente intente o pretenda lograr como objetivos.

La diferencia entre los motivos que miran al pasado y los que miran al futuro consiste simplemente en esto: en el caso de los motivos retrospectivos la descripción de un futuro estado de cosas que el agente persigue se refiere a una combinación entre un hecho futuro y otro que precedió a la acción; procurarse una venganza es tratar de conseguir una situación en la que una persona que causó un mal sufra otro mal. Pero esta alusión a un hecho pasado no coloca en el pasado la situación a que hace referencia el enunciado acerca del motivo, ya que lo que el agente pretende es la *combinación* entre un acontecimiento dado y otro futuro, y esa combinación está en el futuro con relación a la acción. Esta clase de descripción de situaciones que pueden ser objetivos de acciones es muy frecuente; censurar o felicitar a alguien son también situaciones relacionadas con algún evento pasado, a pesar de lo cual pueden ser objetivos de acciones que están situados en el futuro con relación a ellas. Esta conclusión se oscurece debido a que algunas veces mencionamos solamente el hecho pasado al dar cuenta de

nuestros motivos. Cuando se nos pregunta por nuestro motivo para censurar a otro, por ejemplo, podemos citar el hecho de que llegó tarde a una cita. Es obvio, sin embargo, que esta declaración sugiere tácitamente nuestro objetivo de lograr alguna futura combinación entre el acontecimiento pretérito, que se menciona explícitamente, y el resultado de la acción.

D'Arcy sostiene que la lógica de los enunciados acerca de motivos que miran al futuro se conecta con la relación entre medios y fines. Esto también acaece con los motivos retrospectivos, con la diferencia de que aquí la relación entre medios y fines no es, por lo común, de orden causal. Matar es un medio de vengarse, pero no existe, naturalmente, una relación causal entre la muerte de la víctima y la venganza buscada por el agente.

Esta aclaración sólo confirma la sugerencia de D'Arcy de que la palabra "motivo", en este sentido que comprende tanto los motivos que miran al futuro como los que miran al pasado, pero que excluye muchas otras cosas que también podrían denominarse "motivos" en el lenguaje ordinario, no denota estados psíquicos que difieran de los denotados por el término "intención", al menos en el sentido habitual de esta palabra, que implica querer algo como un medio o un fin. En la mayoría de los contextos en que se utiliza la expresión "con el motivo de...", puede reemplazársela por la expresión "con la intención de..."⁴⁴; ambas expresiones se refieren a una intención que va más allá de las consecuencias de la acción mencionada en la descripción por medio de la cual la identificamos. Por otro lado, el adjetivo "intencional" yuxtapuesto a una descripción de acción marca el hecho de que las consecuencias mencionadas en esa misma descripción

⁴⁴ Pero, a la inversa, la expresión "con la intención de..." no puede ser siempre sustituida con alguna referencia a motivos, como cuando se dice "Me voy de viaje con la intención de volver pronto".

de la acción son deseadas como un medio o un fin. Así, lo que identificamos como el motivo de una acción si se la describe de una cierta manera, es lo mismo que sustenta el juicio que esa acción, redescrita ahora a fin de incluir otras consecuencias ulteriores queridas por el agente, es intencional. Lo que constituye el motivo de la acción de disparar un arma de fuego puede ser, en algún caso, lo mismo que nos permite sostener que la acción de matar fue intencional⁴⁵.

Esta caracterización de algunos motivos sirve para aclarar por qué no deben ser relevantes para atribuir responsabilidad según una concepción liberal de la relación entre derecho y moral. Algunas de las circunstancias mencionadas en la explicación de acciones pero excluidas de esta categoría de motivos (por ejemplo, pánico, provocación, etc.), podrían ciertamente ser relevantes para la responsabilidad penal, ya que sobre ellas podría fundarse el juicio de que la acción fue involuntaria o no atribuible. Una explicación en términos de motivos, en el sentido indicado, no se refiere, en cambio, a circunstancias que podrían afectar la capacidad u oportunidad del agente para actuar de otra forma, sino a los propósitos u objetivos ulteriores con los que la acción estuvo conectada. Comprender la acción del agente a la luz de algún plan más vasto del que ella fue parte, es decisivo para hacer una evaluación moral de la personalidad del agente (el plan en conjunto puede ser moralmente meritorio aunque la acción estudiada parezca, en sí, moralmente mala, o vice-

⁴⁵ Anscombe (*Intention*, cit., p. 18) nos pone en guardia contra las confusiones que se pueden generar al distinguir radicalmente entre motivos e intenciones, pero señala, sin embargo, contra lo que aquí se expone, que los motivos retrospectivos no pueden identificarse con las intenciones. Sostiene que "venganza y gratitud son motivos; si mato como acto de venganza, puedo sostener que lo hago para vengarme, o que la venganza es mi objetivo; pero la venganza no es algo ulterior a la muerte que se obtiene a través de ella; más bien matar es vengarse" (p. 20).

versa). Y esto es precisamente lo que un enfoque liberal del derecho penal quiere excluir de este ámbito.

Los únicos casos problemáticos son: primero, aquellos en los que el agente realiza una acción que no es en sí dañosa con el propósito frustrado de cometer una acción que sí lo sería, y, segundo, aquellos en los que el agente realiza una acción que es en sí dañosa con el propósito (también frustrado) de lograr un resultado que, si se produjese, la justificaría. La primera clase de casos suele ejemplificarse con la tentativa; de ella me ocuparé en el parágrafo D. El segundo grupo de situaciones ocurre cuando, por ejemplo, una persona trata infructuosamente de impedir un mal mayor causando otro menor; me ocuparé de este caso en el parágrafo G.

b) El consentimiento requerido

El principio de asunción de la pena requiere que aquel a quien ella se le impone haya consentido en asumir una sujeción jurídica a tal pena. Hasta ahora he utilizado una noción no muy elaborada de consentimiento, según la cual el agente consiente en ejecutar una cierta acción cuando ella es voluntaria (lo cual incluye la atribuibilidad de la acción) y el agente está seguro de que las circunstancias o consecuencias mencionadas en la descripción de la acción están presentes o habrán de ocurrir. Esto me permitió sostener que una persona consiente en asumir responsabilidad penal cuando consiente en ejecutar la acción que es el antecedente de esa responsabilidad sabiendo que ésta es una consecuencia necesaria de aquella acción. Ahora es el momento de refinar algo esta noción de consentimiento.

Esta aplicación del concepto de consentimiento que describe una cierta actitud de una persona con relación a su propia acción, y sus consecuencias, no es, evidentemente-

te, la única que admite el concepto; tal vez ni siquiera constituye el sentido central de "consentimiento": generalmente decimos que los individuos consienten acciones y actitudes de *otras personas* o, en general, situaciones en cuya producción no participan de ningún modo. Esto tiene alguna importancia, ya que este último uso de "consentimiento" tal vez requiera un análisis diferente del que corresponde al uso que nos ocupa.

El consentimiento, como la intención, pero a diferencia de la voluntariedad, depende de la descripción de la acción. Una misma acción puede ser consentida por el agente bajo una cierta descripción pero no bajo otra diferente; puedo consentir en "ayudar a un ciego a cruzar la calle" pero no en "ayudar a un prófugo a escapar de la policía" (aunque ambas descripciones correspondan a la misma acción). Esto es una obvia consecuencia del hecho de que el consentimiento requiere conocer las circunstancias y efectos de la acción que se toman en cuenta en su descripción.

Cuando el conocimiento del agente es tal, que sabe que todas las propiedades relevantes de su acción están ciertamente presentes o se darán seguramente en el futuro, esto garantiza que consintió su acción. Dado ese conocimiento, una posible negación del carácter consensual de la acción puede aceptarse únicamente en la hipótesis de que la acción no fuera voluntaria. En algunos casos (principalmente cuando la acción no está descrita en relación con sus efectos causales), la presencia de voluntariedad y el conocimiento de que las propiedades relevantes de la acción están ciertamente presentes, puede ser el fundamento para sostener que la acción fue más que consensual, que fue intencional. No necesitamos preocuparnos aquí por distinguir entre consentimiento e intención, ya que nos basta con el primero para el principio de asunción de la pena; la intención, al implicar necesariamente con-

sentimiento, es más que suficiente para satisfacer tal principio.

Los problemas aparecen en relación a una acción voluntaria realizada en la creencia de que las circunstancias que son relevantes para su descripción son una concomitante *posible*, pero no *necesaria* de la acción. Tales circunstancias pueden ser tanto contemporáneas a la acción (como en el caso de quien está inseguro acerca de si está o no entrando a un lugar prohibido) como sobrevinientes y causalmente relacionadas con ella (como en el caso de quien no está seguro de si sus palabras ofenderán a su interlocutor). La peculiaridad de este caso no depende de si la presencia de la circunstancia o la producción del resultado fue o no *objetivamente* cierta o probable. Si alguien creyó que alguna propiedad relevante de su acción estaba ciertamente presente o se produciría seguramente, cuando en la realidad tal ocurrencia era menos que cierta, el caso debe ser tratado de la misma manera que aquel en que la circunstancia es una concomitante *necesaria* de la acción y el agente lo sabe, ya que ese estado cognoscitivo del agente es sólo compatible con una actitud de aquiescencia, siempre que la acción sea voluntaria. A la inversa, si el agente creyó que la presencia o futura ocurrencia de una propiedad relevante de la acción era menos que cierta, cuando esa certeza podría haber sido afirmada objetivamente, nos enfrentamos con el caso que venimos estudiando, ya que la actitud de consentimiento de la acción no puede ser directamente inferida.

El hecho es que cuando una circunstancia o un efecto, que está incluido en la descripción de la acción, es únicamente conocido, previsto por el agente como algo probable o posible, ese estado cognoscitivo y la voluntariedad de la acción no implican necesariamente consentimiento. Esos factores pueden ser compatibles con una actitud diferente que puede describirse, bastante equívocamente, como una

actitud de “asumir el riesgo” de ejecutar la acción que se describe incluyendo la circunstancia o el efecto de que se trata. Quien entra en una casa sin saber con certeza si está o no habitada, asume el riesgo de entrar en una casa habitada. (Uno de los inconvenientes de referirse a “asumir un riesgo” reside en que innecesariamente se presume que la acción, de realizársela, sería dañosa; otro inconveniente es que la expresión es poco natural cuando hace referencia a circunstancias contemporáneas a la acción.)

En esos casos no hay duda de que el agente consiente, al menos, el *riesgo* mismo de ejecutar la acción; puede incluso concebir el riesgo como un fin en sí mismo o como un medio para un fin (en cuyo caso, el generar el riesgo sería intencional). Que una acción de asumir el riesgo de realizar un acto con ciertas propiedades sea consensual no implica necesariamente que este último acto sea también consensual. El consentimiento de realizar cierta acción no surge necesariamente ni aun de las pro-actitudes más fuertes hacia asumir el riesgo de ejecutarla. Tomemos, por ejemplo el fantástico caso que ya mencioné⁴⁶: Un psiquiatra advierte que la única manera efectiva de curar a un paciente de sus fuertes tendencias suicidas consiste en someterlo a un pequeño riesgo de muerte, mucho menor que el implicado en las tendencias del paciente, tratamiento que de tener éxito crearía en el paciente una permanente aversión a la perspectiva de morir; desafortunadamente el paciente muere como resultado del tratamiento. Es evidente que el médico no sólo consintió en crear el riesgo de muerte, sino que lo provocó intencionalmente; sin embargo, sería un abuso de lenguaje afirmar que el médico consintió en matar o causar la muerte del paciente, cuando hizo todo cuanto pudo para impedirlo. Si esto es así en el caso en que alguien crea un riesgo intencio-

⁴⁶ Ver cap. II, nota 39, p. 151.

nalmente, más aún lo será cuando sólo consiente en producir el riesgo. Un padre que emprende un juego más o menos peligroso, por ejemplo boxeo, con su hijo, podría consentir en el riesgo de herir a su hijo, pero ello no implicaría, de ninguna manera, que también consintiera en herir efectivamente a su hijo.

Este argumento podría ser cuestionado sobre la base de las actitudes subjetivas que están presentes en el caso de algunos riesgos, como los implicados en juegos de azar. Los que juegan al póker o a la ruleta no sólo consienten en el riesgo de perder su dinero, sino también en perderlo efectivamente, si la suerte les es adversa. Sería ridículo que un jugador reclamara la devolución de su dinero alegando que sólo había consentido en arriesgarse a perderlo, pero no en perderlo realmente. ¿Ocurrirá lo mismo en los otros riesgos antes mencionados? Ciertamente no, ya que hay algo equívoco en la precedente descripción de la actitud de los jugadores. Cuando decimos que ellos consienten en perder su dinero si se dan tales o cuales circunstancias, recurrimos a una expresión abreviada para describir el hecho de que —mediante la ejecución de ciertos actos— consienten en *asumir la obligación* de ceder su dinero si las contingencias del juego les son adversas. Las actitudes que los jugadores tienen respecto de perder o no perder efectivamente su dinero son irrelevantes (lejos de consentir en ello, pueden hasta querer hacer trampas para retener su dinero de cualquier forma). Lo importante es que consientan en realizar ciertos actos (como colocar el dinero sobre la mesa de juego) conociendo que ello implica necesariamente asumir la obligación de ceder el dinero si se dan ciertas circunstancias; esto significa que consienten en asumir esa obligación. Evidentemente, no ocurre así en el ejemplo del padre: cuando lucha, jugando con su hijo, no asume una obligación condicional de herir a su hijo si ocurre alguna circunstancia.

Si este argumento es correcto, debemos concluir que de la voluntariedad de la acción y de la creencia de que ciertas propiedades de la acción podrían estar presentes o producirse, no necesariamente se sigue una actitud de consentimiento hacia la acción descrita en relación con aquellas propiedades. Esa actitud hacia la acción en cuestión puede, sin embargo, estar presente, ya que el consentimiento es una actitud volitiva que no puede identificarse con un mero estado cognoscitivo; pero, de ser así, debe establecérselo independientemente de la mera verificación de que el agente previó la posibilidad de un resultado particular o se representó la posibilidad de la presencia de una cierta circunstancia concurrente. ¿Cuál puede ser el criterio para atribuir consentimiento en estos casos?

Creo que la "fórmula hipotética" de Frank, que expuse en el capítulo II, es un criterio bastante adecuado para determinar si hubo consentimiento cuando el agente sólo previó la posibilidad de la presencia o futura ocurrencia de propiedades que definen la acción. Como se recordará, dicha fórmula establece que el individuo actúa con dolo eventual cuando habría actuado igualmente si hubiera creído que el resultado, que realmente previó como meramente posible, era una consecuencia necesaria y cierta de su acción. Esta fórmula debería ampliarse para incluir también circunstancias concurrentes: un individuo consiente su acción voluntaria cuando habría actuado igualmente si hubiera estado seguro de que ciertas circunstancias —que de hecho sólo creyó que era posible que se dieran en el momento de actuar— estaban efectivamente presentes. Este criterio es también aplicable a los casos en que el agente conoce con certeza las propiedades de su acción, puesto que tales casos sólo se distinguen de los que venimos analizando en que el antecedente del juicio condicional se admite como verdadero. La fórmula que describe

esta actitud constituye un juicio hipotético, pero ello no significa que la actitud que describe sea "hipotética", en el sentido de que no sería una actitud que el agente realmente tiene, sino una actitud que habría tenido si sus creencias hubieran sido otras. Por el contrario, la fórmula describe la *disposición* que el agente efectivamente tuvo en el momento en que realizó la acción relevante⁴⁷. Cuando esa disposición está presente el agente podrá expresarla verbalmente diciendo, por ejemplo: "No estoy seguro de que este paraguas sea mío (o, que esta substancia sea venenosa), pero me lo llevaré lo mismo (o, pondré esta substancia en la comida de mi tío) como si estuviera seguro". Los casos en que la aplicación de esta fórmula nos llevaría a concluir que el agente no consintió su acción son aquellos en los que no supo o no previó ni siquiera como posibles las circunstancias relevantes para la descripción, o casos en los que no habría ejecutado el acto si hubiera advertido que lo que pensaba que era meramente un riesgo, se concretaría ineludiblemente.

Aplicando esta definición más elaborada de consentimiento al principio de asunción de la pena, podemos decir que el agente consiente en asumir una responsabilidad penal cuando, o bien sabe que tal responsabilidad es una consecuencia necesaria de su actividad voluntaria, o, aunque crea que no es más que una *posible* consecuencia de su conducta, habría realizado la misma conducta si hubiera advertido que la responsabilidad penal era una consecuencia necesaria de ella.

Naturalmente la asunción de una sujeción jurídica a una pena es consecuencia de un acto que tiene ciertas propiedades o efectos. El agente tiene que haber consentido en realizar el acto descrito en relación a esas

⁴⁷ Esto es advertido correctamente por Soler, S., *Derecho penal argentino*, 1951, t. II, p. 136.

propiedades o efectos antes de que podamos decir que consintió en asumir la responsabilidad penal correspondiente. No puede haber consentimiento de una consecuencia mediata de la acción si no lo hay respecto de las propiedades intrínsecas o las consecuencias inmediatas de ella. Si el agente cree que un efecto de su acción es sólo posible y si se hubiera abstenido de actuar de haberlo previsto como necesario, no podrá haber consentido una consecuencia ulterior que se seguiría necesariamente *de ese efecto*, ya que únicamente pudo haber previsto esa consecuencia como meramente posible en relación a su acto, y su disposición de omitir el acto si el efecto inmediato fuera seguro impide cualquier disposición opuesta en relación a consecuencias ulteriores.

Así, un individuo no puede haber consentido en asumir una responsabilidad penal si no ha consentido en ejecutar el acto que es el antecedente de esa responsabilidad. Si se adopta el principio de enantiotelidad, el antecedente de toda responsabilidad penal es un acto, no solamente con las propiedades mencionadas en la descripción del delito, sino también con las propiedades adicionales que pueden ser relevantes para la razón, propósito o política de la ley. Si esa razón está conectada con la prevención de cierto daño o peligro, el agente tiene que haber consentido en generar ese daño o peligro. Si afirmamos que el agente tiene que haber consentido en cometer una acción enantiotélica, abarcamos no solamente el consentimiento de cometer una acción con las propiedades mencionadas en la descripción del delito y que es dañosa o peligrosa, sino también el consentimiento de asumir responsabilidad penal, ya que una acción es enantiotélica cuando es una de las que la ley trata de prevenir imputándole cierta responsabilidad penal. Así, podemos decir que la actitud mental que esta teoría requiere es *el consentimiento de realizar una acción enantiotélica*. Este

requisito resulta de la combinación de los principios de asunción de la pena y de enantiotelidad.

Como hemos visto, el consentimiento de cometer una acción enantiotélica no se excluye cuando el agente se equivoca acerca de la presencia de una cierta condición de la pena que no es parte del antecedente de la responsabilidad penal, sino sólo una condición para su ejecución. El test acerca de cuándo alguna condición de la pena es de una u otra clase es su incidencia en la enantiotelidad de la acción; en la medida en que una cierta circunstancia sea relevante para el objetivo de prevenir una clase de acciones por medio de la atribución a ellas de responsabilidad penal, esa circunstancia será parte del antecedente de la responsabilidad en cuestión. Esta calificación se toma en cuenta cuando se dice que la actitud subjetiva requerida es el consentimiento de realizar una acción enantiotélica, ya que, por definición, la ausencia de una condición para la ejecución de cierta responsabilidad penal no obsta a la enantiotelidad de la acción.

Para ilustrar la exposición precedente, supongamos que una ley reprime penalmente a quien tenga acceso carnal con una mujer menor de quince años, siempre que los padres de la menor denuncien el hecho ante la autoridad competente. Supongamos también que, además, se sostiene que el objetivo de la ley es la protección de las mujeres que no han alcanzado suficiente madurez para la vida sexual, y que el propósito de estipular la condición de que los padres denuncien el hecho ante la autoridad no está relacionado con la necesidad de prevenir tales actos, sino con la conveniencia de poner en sus manos la decisión de ventilar un hecho cuya difusión puede afectar a su hija y a la familia, de una u otra forma. El agente, para ser punible, tendría que haber conocido como ciertos, o haber tenido la disposición de actuar lo mismo si hubiera conocido como ciertos, los hechos relevantes para

la enantiotelidad; a saber, que estaba teniendo acceso carnal con la mujer y que su edad era inferior al límite legal, que ella en particular era sexualmente inmadura (lo cual quedaría excluido si, por ejemplo, creía que la mujer había tenido amplia experiencia sexual anterior) y que la ley trata de prevenir esos actos por medio de una pena. Por otro lado, el agente no tendría que haber previsto que los padres de la menor denunciarían el hecho, ya que ello no es una circunstancia relevante para la enantiotelidad de la acción⁴⁸.

Estas distinciones nos permiten resolver algunos problemas tradicionales acerca de la actitud subjetiva que debe requerirse para ciertos delitos. Con referencia al homicidio, el consentimiento de causar la muerte podría no ser requerido sólo si la muerte de la víctima no fuera relevante para la enantiotelidad de la acción y fuera exigida por razones totalmente independientes al propósito de la ley de prevenir algunos actos con una cierta penalidad. Esta conclusión interpretativa está vedada cuando la ley establece penalidades menores para actos que no causan

⁴⁸ La solución que propongo en el texto, para el ejemplo, puede parecer extraña a un jurista inglés, porque en el sistema del *common law*, donde no existe generalmente pena mínima, el hecho de que la mujer menor de dieciséis años sea sexualmente madura o que el acusado la creyera madura se toma automáticamente en cuenta al fijar la pena; pero en otros sistemas, donde las penas mínimas son la regla, la doctrina que invoco puede permitir al juzgador remediar situaciones en las que la pena mínima sería sumamente injusta. De cualquier forma, el único propósito del ejemplo es ilustrar las consecuencias para la *mens rea* exigida que se siguen de una teoría fundada tanto en el principio de asunción de la pena como en el de enantiotelidad. No quiero abrir juicio sobre la cuestión empírica de si se aplican o no al caso las consideraciones utilitarias que podrían esgrimirse contra el principio de enantiotelidad (ver parágrafo B, sección b del capítulo IV), llevando a interpretar la política de la ley como coextensiva con su contenido o a abandonar totalmente el principio de enantiotelidad. No quiero tampoco discutir si algunas normas procesales (por ejemplo, las que establecen la inversión de la carga de la prueba respecto de la creencia del agente de si fue ofendida o no la política de la ley) podrían reducir el impacto de las desventajas que la aplicación del principio de enantiotelidad podría tener en un caso similar a éste.

la muerte, sino que sólo provocan un riesgo de muerte o causan grave daño corporal, ya que esta circunstancia implica que los actos que causan la muerte de la víctima son más enantiotéticos que estos últimos y que ese resultado es relevante para la enantiotelidad de la acción. Estas consideraciones llevan a rechazar las soluciones de los tribunales ingleses en casos como "Smith" (1961) A. C. 290 y "Hyam" (1975) A. C. 59. No se probó fehacientemente en dichos casos que los procesados habrían actuado del mismo modo si hubieran previsto como cierta la muerte de sus víctimas; más bien había algunos indicios que apoyaban la conclusión opuesta. En "Smith" el *riesgo* de matar a la víctima fue tomado como una consecuencia necesaria del medio empleado para lograr el fin de escapar; en "Hyam" el *riesgo* fue directamente intentado como un medio para causar temor; pero en ninguno de los dos casos se probó que se consintiera la *muerte* misma. Tomando otro caso, el consentimiento de la víctima es obviamente esencial en el delito de violación; así en "Morgan" (1975) 2 All E.R. 347 se sostuvo la doctrina correcta, ya que la firme creencia positiva, aunque fuera irrazonable, de que la víctima había consentido el acceso carnal excluye la *mens rea* del agente y hace superfluo inquirir si éste hubiera actuado de igual forma de no mediar aquel consentimiento de la víctima (esta última pregunta sólo es pertinente si el agente vislumbró la posibilidad de que, en el caso concreto, la víctima no hubiera consentido).

c) *Algunas dificultades ulteriores*

En el capítulo IV, B, c, sugerí que las normas de enantiotelidad deben construirse tomando en cuenta pautas que definen qué prácticas o formas de actuar son irrazonablemente peligrosas. También dije que, no sólo la genera-

ción de riesgos irrazonables puede ser en sí misma enantiotélica, sino también que una conducta que causa un daño efectivo no se consideraría enantiotélica si esta conducta no constituía en sí misma un modo de actuar irrazonablemente peligroso. Esto tiene que determinarlo el análisis de las características de tal actividad, con abstracción de la producción contingente del resultado en el caso particular.

Este criterio sirve para resolver casos como el del cirujano que encara una operación arriesgada, que no fue tratado satisfactoriamente por Lord Hailsham en "Hyam" (en un pasaje⁴⁹ trata de resolverlo declarando que el cirujano no tiene intención de exponer el paciente al riesgo de morir, en otro⁵⁰, sosteniendo que el cirujano tendría una excusa).

Si el cirujano toma las precauciones exigidas por su profesión, su conducta no es enantiotélica, aun cuando se produzca la muerte del paciente. Fuera del paciente o sus representantes nadie podría legítimamente impedirle actuar, aunque la persona que se opusiera a la operación creyera (sin fundamentos médicos) que el riesgo de muerte era irrazonable. De acuerdo con la interpretación objetiva de la enantiotelidad, esto es completamente independiente de la actitud subjetiva del cirujano; éste podría desear que el paciente muriese de resultas de la operación, pero, mientras ésta se ajuste a las normas del debido cuidado de la profesión médica y se la realice correctamente, la conducta del cirujano será jurídicamente inobjetable. Siendo esto así, es superfluo investigar la *mens rea* del cirujano, para excusar su conducta.

Lord Hailsham contrasta el caso del cirujano con el de quien usa un procedimiento poco idóneo para matar a

⁴⁹ (1975) A. C., p. 77, § C.

⁵⁰ *Idem*, § G.

su víctima. Naturalmente, podría haber acciones que implicaran un riesgo muy leve de daño, pero que, aun así, fueran poco razonables según las normas del debido cuidado, de tal forma que si el agente expone a ese riesgo a la víctima y no sólo consiente el riesgo sino que también acepta el daño, la conducta será enantiotética e implicará asumir responsabilidad penal. Pero si el procedimiento adoptado a fin de provocar el daño no es irrazonablemente peligroso, la acción no será enantiotética, aunque se produzca el daño. Adaptando un ejemplo de G. Williams⁵¹, supongamos que alguien tiene un miedo irracional a los aeroplanos (o a los trenes, en la versión de Williams) y piensa que involucran un riesgo mucho mayor que el real; como quiere que otro muera, lo induce a que viaje en un avión que, por casualidad, se estrella; su contribución a la muerte de la víctima no es enantiotética, ni podría ser legítimamente prevenida por alguien que tuviera el "pálpito" de que el aeroplano iba a estrellarse. El enfoque opuesto implicaría castigar al agente, no por la enantiotelidad objetiva de su acción, sino por sus motivos perversos.

A fin de ver las implicaciones de este argumento es conveniente estudiar un ejemplo más complicado: supongamos que alguien quisiera matar a otro y pensara que un pinchazo en un dedo es un medio apto para matar a una persona normal; como la víctima resulta ser hemofílica, muere efectivamente, como consecuencia de la leve lesión. El agente creyó que la acción era peligrosa y así resultó ser, pero el riesgo se debió a la presencia de una circunstancia que le era desconocida, de tal forma que ignoraba obviamente la clase de riesgo que su acción implicaba. Este caso no difiere materialmente del ante-

⁵¹ *The Mental Element of Crime*, Jerusalén, 1965, p. 13. El ejemplo de Williams difiere del presente en varios aspectos que no son relevantes para el tema.

rior; evidentemente aquí sí la acción fue objetivamente enantiotética y pudo ser legítimamente prevenida (a diferencia del caso precedente), pero esta enantiotelidad no puede atribuirse al agente, ya que no consintió en aprovecharse de las condiciones que hicieron su acción realmente peligrosa. Si no conoció las circunstancias del acto que fueron relevantes para la producción del resultado, no pudo consentir en realizar el acto descrito en relación a ellas, y por tanto, su actitud hacia aquel resultado ulterior no puede constituir consentimiento.

Este argumento tiene una relación directa con casos conocidos que siguen el patrón de este ejemplo clásico: alguien quiere matar a otro mediante un disparo de arma de fuego; cree haber matado a su víctima y quema lo que cree su cadáver para ocultar el delito; la víctima estaba aún viva y muere a causa de la segunda acción. Como ya vimos, un tribunal inglés decidió en un caso semejante, "Thabo Meli" (1954) 1 All E. R. 373, que existe "una unidad de transacción" que nos impide separar las distintas fases de la conducta del agente y nos permite atribuir *mens rea* al procesado.

Creo errónea esta solución, por varias razones. La primera es la ya mencionada, que es aplicable incluso a los casos, como el ejemplo propuesto anteriormente, en que no hay dos acciones del agente, sino sólo una, que tiene un curso causal diferente del previsto por el agente: una persona no consiente en cometer la acción enantiotética que ejecutó si no estaba en conocimiento del procedimiento riesgoso particular por el cual se produjo el resultado. La segunda razón es relevante en casos en que se presentan dos acciones diferentes claramente distinguibles: tomar esas acciones como si fueran parte de una misma y única conducta es una ficción que se construye combinando el acontecimiento imaginado y el acontecimiento real, asumiendo que lo que fue imaginado fue tam-

bién real y que lo real fue también imaginado. La doctrina nos lleva a sostener que la muerte de la víctima fue causada, en el caso del ejemplo, por el disparo y por el fuego, y que el agente se propuso conseguir el resultado a través de ambos procedimientos. Si el mismo razonamiento se extendiera y aplicara a un caso como el anteriormente expuesto, habría que aceptar la conclusión absurda de que la muerte fue causada por pinchar el dedo de una persona *normal* junto con la circunstancia de que la víctima *sufría de hemofilia*. En realidad, hay una idea fundamental detrás del rechazo de esta tesis, que es la de excluir la posibilidad de que el principio de asunción de la pena y el principio de enantiotelidad se satisfagan cada cual por una acción distinta del agente. El principio de asunción de la pena queda satisfecho únicamente cuando el agente ha consentido en realizar precisamente la acción que constituye el antecedente de su responsabilidad penal.

Estas distinciones contribuyen a mostrar que los casos de *error in obiecto* (en los que el agente confunde la identidad de la víctima) y los de *aberratio ictus* o “malicia transferida” (en los que el curso de acción se desvía accidentalmente, lesionando a otra persona distinta de la víctima elegida) son diferentes entre sí y merecen distintas soluciones.

En los primeros casos no es difícil sostener la enantiotelidad de la acción y la asunción de la pena. Como ya anticipé, aunque la creencia errónea hubiera sido decisiva para determinar al agente a ejecutar la acción, su error no lo exoneraría, ya que la circunstancia a que tal error se refiere —la identidad de la víctima— no afecta al carácter enantiotélico de la acción. La situación es exactamente la misma que si el agente, creyendo erróneamente que su tío es sumamente rico, decide matarlo para heredarlo. El conocimiento fáctico que importa es el de las circunstancias que hacen enantiotélica a la acción.

Pero los casos de *aberratio ictus* son radicalmente diferentes. Como en los ejemplos anteriores hay aquí un error acerca del proceso físico que conduce al resultado realmente producido, aunque en este caso el error es de índole práctica, es un error en la manera de actuar. Veamos la diferencia en el razonamiento práctico del agente entre este caso y en el de *error in obiecto*. En esta última situación, cualesquiera que sean las premisas erróneas del razonamiento que conduce a la acción, tal razonamiento concluye en un *fiat* que coincide con la acción ejecutada; por ejemplo, el agente se dice a sí mismo: "Ahora, dispara contra *ese* hombre"⁵², y así lo hace. En cambio, en el caso de la *aberratio ictus* hay una falta de coincidencia entre la conclusión del razonamiento práctico del agente y la acción que efectivamente ejecuta, y es esa falta de coincidencia la que impide atribuirle cualquier pro-actitud hacia la acción que efectivamente cometió (lo que, naturalmente, no excluye la tentativa de la acción que quería realizar). Es, por cierto, un sofisma afirmar que si el agente quiso matar a Fulano, entonces quiso matar a un hombre, y que es esto lo que hizo. El agente no quiso matar a *algún* hombre, sino a un *cierto* hombre, que, en el momento de actuar, podría distinguir ostensivamente del que resultaría víctima de su acto. Esta posibilidad de una diferenciación ostensiva al tiempo de la acción es sumamente relevante, ya que incide en el último tramo del razonamiento práctico del agente, que debe reconstruirse en los términos más ajustados posibles a su percepción sensorial del contexto físico de la acción.

⁵² Adopto aquí la reconstrucción que propone A. Kenny (ver *Will, Freedom and Power*, cit., caps. III y IV) de lo que puede considerarse la conclusión de un razonamiento práctico, que es un imperativo reflexivo cuya coincidencia con la acción ejecutada permite atribuir ésta a la voluntad del agente. Ver también Goldman, A., *A Theory of Human Action*, cit., p. 103.

C. QUIÉNES PUEDEN SER RESPONSABLES PENALMENTE:
EL CASO DE LAS PERSONAS COLECTIVAS

Los principios normativos propuestos para regular la responsabilidad penal determinan la clase de sujetos que pueden ser destinatarios adecuados de ella: tal clase está integrada por todos los individuos capaces de consentir en sujetarse jurídicamente a una pena y cuya punición efectiva sea posible y eficaz para prevenir para el futuro la comisión de actos similarmente dañosos a los realizados por tales individuos.

La principal dificultad respecto de la extensión de la clase que se acaba de caracterizar se da en relación a las personas jurídicas colectivas. Los juristas suelen vacilar acerca de si es apropiado considerar penalmente responsable a una institución, sociedad o asociación. Hay dos argumentos centrales que subyacen a las dudas que se manifiestan sobre este punto:

El primero sostiene que las personas colectivas no pueden cometer delitos porque son incapaces de realizar las acciones que los constituyen y de tener las actitudes subjetivas que se requieren para la responsabilidad penal. Se alega que la imposibilidad de que una persona jurídica ejecute una conducta delictiva está determinada por razones ontológicas; la esencia o naturaleza de las personas colectivas excluye que se pueda predicar de ellas la realización de una acción y las voliciones, intenciones o el consentimiento que son relevantes para la imposición de responsabilidad penal. Por ejemplo, Ricardo C. Núñez dice⁵³: “La persona moral no puede ser sujeto activo de un delito. Esta calidad sólo la puede tener la persona física, pues sólo ella es capaz de ejecutar las acciones o

⁵³ *Derecho Penal argentino*, Bs. As., 1959, t. I, p. 216.

incurrir en las omisiones que legítimamente pueden entrar en el ámbito del derecho penal. La razón de la pena y, por eso, del derecho penal, no reside simplemente en el hecho de que ciertas situaciones producen consecuencias perjudiciales para los individuos o la sociedad... La razón de la pena es otra muy distinta y de carácter esencialmente humano: sólo se dirige y aplica a quienes son susceptibles de retribución y prevención. Únicamente la persona física tiene los atributos de inteligencia y voluntad que presuponen esas finalidades de la pena: las personas morales no los poseen; los intimidables son sus representantes u órganos...” Los partidarios de la teoría de la ficción completan este argumento diciendo que el derecho finge una voluntad para las personas colectivas que está necesariamente orientada hacia fines lícitos; sería absurdo que el ordenamiento jurídico les atribuyera una voluntad de violar ese mismo ordenamiento.

El segundo argumento contra la inclusión de las personas jurídicas en la clase de sujetos que pueden ser penalmente responsables estriba en la imposibilidad de aplicarles por lo menos algunas de las sanciones penales más comunes. Si bien los juristas suelen admitir que las personas colectivas podrían ser pasibles de multas e inhabilitaciones, asumen como algo obvio que es inconcebible someterlas a penas privativas de libertad o a la pena de muerte. Nadie ha visto a una sociedad ocupando una incómoda celda de prisión o marchando aprensivamente hacia el cadalso.

Voy a tratar de mostrar que estos planteamientos incurren en un mito, en expresión de Gilbert Ryle, o sea, que incurren en un error consistente en tratar los fenómenos pertenecientes a una categoría conceptual como si correspondiera a otra, alterando la “geografía lógica de los conceptos”⁵⁴.

⁵⁴ Ryle, G., ob. cit., p. 19 y siguientes.

El error que se comete cuando se sostiene que las personas colectivas no pueden, por razones ontológicas, ser penalmente responsables, puede ponerse de manifiesto mediante una analogía con otros contextos en que se incurre en errores de la misma índole. Por ejemplo, en una novela norteamericana, cuyo título he olvidado, se relata un juicio por pornografía en el que, dado que el Código del lugar definía el concepto de obscenidad en relación a los sentimientos del "hombre medio", el juez ordena, a petición del fiscal, que se recurriera a las estadísticas que recogen las características del hombre medio, que se buscara una persona que reuniera todas ellas y que se la citara a comparecer ante el tribunal para que expusiera su criterio de obscenidad. Todos coincidiríamos en que semejante procedimiento es absurdo; pero resultará interesante advertir por qué lo es. El procedimiento es absurdo porque la expresión "hombre medio" no denota a un hombre particular, ni a varios hombres particulares, sino que constituye una forma abreviada de hablar acerca de todos los hombres. Dicho en un lenguaje más técnico: los enunciados en que aparece la expresión "hombre medio" son equivalentes a un conjunto de enunciados que se refirieran de una manera particular a todos los hombres. Por ejemplo, el enunciado que dice "el argentino medio tiene 2,3 hijos" no significa naturalmente que haya algún argentino que tenga precisamente esa cantidad de hijos, sino que es equivalente al enunciado "la razón de la suma del número de hijos que tiene cada argentino sobre la suma de todos los argentinos es igual a 2,3". El juez que presidió aquel juicio por pornografía cometió un error categorial, pues no llamó a declarar a un hombre medio, sino a un individuo mediocre; su error no fue fáctico sino conceptual: no tuvo en cuenta las reglas lógicas que rigen los enunciados en que aparece la expresión "hombre medio".

El hombre medio es una construcción lógica. Se llama así a la referencia de aquellas expresiones que no denotan entidades observables, no obstante lo cual los enunciados en que tales expresiones aparecen son traducibles a un conjunto equivalente de enunciados que tienen referencia empírica. Otra construcción lógica típica es la constituida por unidades monetarias: la palabra “peso” no describe entidades observables; sin embargo, los enunciados en que el término “peso” aparece son equivalentes a un conjunto complejo de enunciados que son contrastables empíricamente.

La expresión “persona jurídica” también alude a una construcción lógica. Esta no es, por cierto, una idea nueva, aunque quizá no haya sido suficientemente explotada por los juristas. Hans Kelsen⁵⁵ la sugiere claramente y H. L. A. Hart⁵⁶ expone fecundas observaciones en el mismo sentido.

La idea es que “persona jurídica” no denota ninguna entidad real o ficticia. Constituye una expresión técnica que hay que analizar en el contexto de los enunciados en que aparece. Tales enunciados son traducibles a un conjunto muy numeroso y complejo de otros enunciados que hacen referencia a reglas, hechos antecedentes y acciones de individuos. La utilidad de la expresión reside precisamente en que permite hacer una referencia abreviada a un cúmulo de hechos de gran complejidad. Si quisiéramos traducir, por ejemplo, el enunciado “la Universidad de Oxford designó profesor a Salvador de Madariaga” a enunciados que no emplearan el concepto de persona jurídica, tendríamos que aludir a toda una serie de leyes, reglamentaciones y actos de individuos (como el de la

⁵⁵ *Théorie pure du droit*, París, 1962, p. 231 y siguientes.

⁵⁶ *Definición y teoría en la ciencia jurídica*, en “Derecho y moral. Contribuciones a su análisis”, tr. G. R. Carrió, Bs. As., 1962, p. 102 y ss. y 118 y siguientes.

persona designada canciller de acuerdo con tales normas y que firmó el nombramiento de Madariaga). Esto quiere decir que hablar en términos de personas jurídicas constituye una técnica especial para referirnos a lo que hacen o les pasa a ciertos hombres en ciertas condiciones. Esto queda muy claro en el desarrollo que hace Kelsen sobre esto.

Claro está que esta técnica no se usa indiscriminadamente, sino siguiendo ciertas reglas, unas explícitas y otras implícitas, que establecen las condiciones en que es apropiado recurrir a la noción de persona colectiva. Una de las condiciones más importantes es que se haya convenido entre varios individuos o se les haya impuesto, por ejemplo por una ley, un sistema de representación que implica que todos o un sector variable de ellos adquieren derechos, obligaciones y responsabilidades en virtud de una cierta clase de acciones de algunos de tales individuos, que está definida normativamente como antecedente de esos derechos, obligaciones y responsabilidades. Las reglas de uso de la expresión "persona jurídica" permiten emplearla para hacer referencia tanto a los hechos condicionantes realizados por los que en el sistema tienen la función de representantes, como a las consecuencias jurídicas que recaen sobre los representados; así, decimos, por ejemplo, que la empresa "X" despidió al empleado González y también que la empresa "X" es responsable por la indemnización que debe pagarse a González.

Hasta dónde sea posible utilizar esta técnica de personificación depende de los casos de representación y de responsabilidad indirecta que se establezcan legal y contractualmente. Sin embargo, hay veces que los juristas no utilizan la técnica de la personificación colectiva a pesar de que puede argüirse que se dan los presupuestos normativos para emplearla. Por ejemplo, las reglas que se refieren a la representación legal de los padres respecto de los

hijos y a su responsabilidad por los actos de ellos, pueden proveer bases para que eventualmente se hablara de la familia como persona jurídica colectiva; sin embargo, los juristas prefieren describir tales situaciones directamente en términos de actos de individuos⁵⁷.

Esta breve exposición permitirá, espero, comprender el error categorial que se comete cuando se afirma que la persona colectiva no puede cometer delitos ni sufrir ciertas penalidades. Esta afirmación revela cierta incompreensión acerca de la técnica de la personificación colectiva.

¿Por qué se reconoce a las personas jurídicas voluntad para contratar y no para cometer delitos? Como vimos, la teoría de la ficción fundamenta la distinción argumentando que la voluntad que permite a las personas jurídicas contratar les es atribuida ficticiamente por el derecho y que sería absurdo que el ordenamiento jurídico atribuyera a las personas colectivas una voluntad dirigida a violarlo. Sin embargo, Hart muestra con mucha claridad el error que supone la teoría de la ficción: "Su vicio peculiar consiste en ocultar que cuando las palabras usadas normalmente para aludir a individuos son aplicadas a personas jurídicas, junto con la analogía va implicada una diferencia radical en el modo en que tales expresiones se usan ahora, y con ello un cambio de significado"⁵⁸. La teoría de la ficción supone que cuando decimos, por ejemplo, que una persona jurídica actúa, fingimos que lo hace en el mismo sentido en que actúa un individuo de carne y hueso; lo cierto es que con relación a las personas jurídicas la expresión "actuar" tiene un significado diferente, pues no alude

⁵⁷ El hecho de que las familias no se suelen regir por un estatuto interno y que la representación y la responsabilidad indirecta se muevan en sentidos opuestos (son los representantes los que pueden ser responsables por actos de sus representados) hacen pensar que estas características inciden en que se recurra o no la técnica de la personificación colectiva.

⁵⁸ Ob. cit., p. 134.

a una actividad física, real o ficticia, de quien se dice que actúa (la persona colectiva), sino a la conducta de determinados hombres en determinadas condiciones y de conformidad con ciertas reglas.

Del mismo modo, como lo aclara Hart⁵⁹, la palabra "voluntad" cambia de significado cuando la usamos en relación a una persona jurídica. Cuando decimos, por ejemplo, que tal sociedad quiso esto o lo otro, lo que queremos decir no es que la sociedad tuvo un proceso análogo, aunque ficticio, al que describimos con los términos "voluntad" o "intención" cuando hablamos de los hombres, sino que un cierto individuo tuvo la actitud subjetiva en cuestión en condiciones fácticas y normativas tales, que es posible imputársela a la sociedad.

El error que se comete cuando se niega que una sociedad pueda tener intención de ejecutar un delito, dando a esta negativa un sentido análogo al de la negativa de que, por ejemplo, un animal pueda tener tal intención, es el mismo error categorial que cometió el juez que admitió el testimonio del "hombre medio". No es que el hombre medio no pueda prestar declaración, la cuestión es que no puede hacerlo de la misma forma que Pedro López; para que el hombre medio declare tienen que prestar declaración todos los hombres y extraerse de sus manifestaciones la opinión que se da con mayor frecuencia. Lo mismo, para que una sociedad quiera algo no tiene que haber una entidad ficticia con una actitud subjetiva ficticia, sino uno o varios hombres reales que quieran realmente algo en condiciones fácticas y normativas que permitan imputar las consecuencias de esa intención a otras personas vinculadas con ellos por ciertas reglas.

Para que sea apropiado decir que una persona colectiva cometió un delito con la actitud subjetiva requerida,

⁵⁹ Ob. cit., p. 136.

tiene que darse el caso de que los actos y actitudes de ciertos individuos, los representantes de la sociedad, impliquen jurídicamente consecuencias punitivas que afecten a otros individuos, vinculados con los primeros por un sistema de representación que se tome como base para la personificación colectiva.

Esto nos coloca frente al segundo argumento que quiero rebatir: que las sociedades no pueden ser sujetos pasivos de ciertas penalidades, como la de prisión. Creo que nuevamente aquí se incurre en un error categorial si se piensa que la respuesta negativa es obvia puesto que nadie ha visto a una sociedad en prisión. Que una sociedad está presa querría decir —si se llegara a emplear esta forma de hablar un tanto insólita—, algo muy diferente de lo que se quiere decir con un enunciado como “Pedro está preso”. El significado del primer enunciado se vincula, no con el hecho de que una celda carcelaria esté ocupada por una entidad fantasmagórica, sino con el hecho de que los integrantes de una sociedad hayan sido privados de su libertad por hechos ilícitos cometidos en ciertas condiciones por los representantes de la sociedad.

Cuando los juristas encaran la discusión sobre si las personas jurídicas pueden ser sujetos activos de un delito y pasibles de sanciones penales en términos “ontológicos”, o sea en términos de lo que es compatible o incompatible con la “naturaleza” de las sociedades, no sólo cometen un error categorial, sino, lo que es mucho más grave, ocultan y eluden los aspectos más importantes de la discusión. Porque la cuestión no es si las personas jurídicas pueden tener intención o pueden ir a la cárcel —lo que en un sentido de “poder” lo pueden hacer tanto como celebrar un contrato o ser civilmente ejecutadas—, sino si es justo, conveniente y coherente con los principios de la teoría de la responsabilidad penal que se acepte, admitir como

sujetos activos de ciertos delitos y sujetos pasivos de determinadas penas a las personas colectivas.

Esa posibilidad está, en principio, excluida en el contexto de la teoría normativa bosquejada en este trabajo, cualesquiera que sean los hechos ilícitos y la clase de penas de que se trate. Una vez que se comprende que el concepto de persona colectiva forma parte de una técnica especial para hablar abreviadamente de un complejo de relaciones entre individuos, se revela claramente que la responsabilidad penal de las personas colectivas implica, tras el velo de la personificación, penar a ciertos individuos por los actos de otros, o sea estatuir un modo de responsabilidad vicaria. El principio de asunción de la pena resulta, de este modo, infringido, puesto que los individuos sometidos a castigo no han desplegado acciones voluntarias que supongan que consienten en asumir la responsabilidad penal correspondiente. Sólo los representantes de la sociedad han actuado y consentido, eventualmente, en sujetarse jurídicamente a una pena. Ellos podrían, obviamente, ser sometidos a pena, y esto puede dar lugar a que se diga que la sociedad que representan es responsable; pero esta forma de hablar es equívoca y peligrosa, porque no se presuponen las reglas de representación implícitas en la técnica de la personificación colectiva, y puede provocar una admisión no consciente de que la responsabilidad es extensible a los demás integrantes de la sociedad.

Por supuesto que lo que aquí decimos no es directamente aplicable a la imposición a las personas colectivas de medidas que impliquen una privación de bienes pero que no tengan carácter punitivo. Tales medidas pueden ser justificables no sobre la base del consentimiento de los que las padecen, sino en virtud de otros principios (por ejemplo, si se las puede suplir con una compensación adecuada, o están dirigidas —como las sanciones civiles— a re-

establecer el *status quo ante* o a hacer efectivas obligaciones contractualmente asumidas) ⁶⁰.

Se podría, sin embargo, decir que, en ciertos casos, los miembros de una sociedad pueden satisfacer las exigencias de acción y de actitudes subjetivas que se requieren para imputar responsabilidad penal. Por ejemplo, Norberto E. Spolansky ⁶¹ sugiere que esto podría acaecer cuando los actos ilícitos de los representantes de la sociedad reflejan "la política" de la persona jurídica, o sea sus prácticas habituales. Esto fundaría una presunción refutable de que los miembros de la sociedad conocieron los actos en cuestión y se podría someter a ellos a medidas punitivas (a través de la punición de la persona colectiva), si no hicieron lo que estaba a su alcance —como votar en contra de la realización de tales actos y denunciarlos ante los órganos competentes— para impedir la ejecución de los actos de los representantes. Esta es una propuesta sumamente interesante; sin embargo, ella suscita algunas dudas a la luz de los principios que aquí he expuesto. ¿Cuáles

⁶⁰ La Corte Suprema de Justicia de la Argentina ha decidido en el caso "Banco de Santander" (LL, 1978-D-231) que la responsabilidad solidaria de una persona jurídica y de sus directivos por una multa aplicable por una infracción a la ley de cambios cometida por un gerente, no es inconstitucional, puesto que tal responsabilidad no tiene carácter penal sino que es una responsabilidad patrimonial dirigida a hacer efectivo el cumplimiento de la multa. Comparto las dudas que este criterio suscita a N. E. Spolansky (*Culpabilidad. La responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y la de sus directivos en el régimen penal cambiario*, en el mismo diario). Si la multa aplicable al autor material tiene carácter penal y no resarcitorio, la extensión de quienes son responsables por el pago de esa multa no puede alterar su carácter y transformarla en una medida resarcitoria.

La única salida que percibo para justificar la actual tendencia de los tribunales a admitir multas penales aplicables a personas colectivas consiste en recurrir a una teoría de los bienes sociales, según la cual el patrimonio (a diferencia de la vida o la libertad) es un bien del que sus titulares pueden ser privados sin su consentimiento y sin compensación en beneficio del conjunto de la sociedad (ver parágrafo G de este capítulo). De más está decir que esta concepción no parece ser muy compatible con el art. 17 de la Constitución Nacional.

⁶¹ *Derecho Penal y Constitución Nacional*, LL, 156-1406.

serían los actos de los miembros de la sociedad cuya ejecución voluntaria y consciente implica el consentimiento de asumir la responsabilidad penal imputada a la persona colectiva? Ciertamente no los actos, por ejemplo, de monopolio o contrabando, por los cuales se pena a la persona jurídica; los miembros de la sociedad que no tienen cargos directivos no realizan actos subsumibles bajo tales descripciones. Hay dos posibilidades. Una es que tales actos estén constituidos por la omisión de impugnar o denunciar los actos de los directivos. Pero en este caso el delito que se les imputa sería diferente de aquel por el cual se castiga a la persona colectiva y requeriría una figura delictiva autónoma y que se hubiera establecido legalmente el deber de actuar. Por otra parte, en este caso hablar de la responsabilidad penal de la persona colectiva, en vez de hablar de la responsabilidad individual de cada uno de los socios que han incurrido en la omisión punible, sería sumamente equívoco, puesto que los actos de los socios que no son representantes de la sociedad no son imputables a ella, ni tampoco le son imputables las medidas punitivas que no se extiendan indiscriminadamente a todos los socios sino sólo a los que han incurrido en la omisión punible. La otra posibilidad sería decir que los miembros de la persona colectiva son penados no por la omisión de denunciar sino por los actos de monopolio, contrabando, etc., en los que incurren *en grado de participación*, contribuyendo a su ejecución a través de la omisión mencionada. Esta alternativa tal vez no requeriría una figura delictiva autónoma, pero sí el establecimiento legal del deber de actuar y la aplicabilidad respecto de cada uno de los socios de las reglas de la participación punible. Por las mismas razones que en el caso anterior, sería inapropiado aquí también hablar de responsabilidad de la persona colectiva para describir la responsabilidad de algunos de sus socios no re-

presentantes por sus actos de participación en la conducta delictiva de los representantes.

La moraleja que podemos extraer de este breve desarrollo es que, si bien los miembros de una persona colectiva pueden, por supuesto, ser penados por sus propios actos, el rechazo, en virtud del principio de la asunción de la pena, de la responsabilidad indirecta lleva a excluir la legitimidad del castigo a entes corporativos, puesto que ello implicaría esencialmente (dadas las reglas presupuestas por la técnica de la personalidad colectiva) estatuir esa clase de responsabilidad.

Paradójicamente, quienes aceptan esta conclusión pero pretenden plantearla en términos prohibitivos más fuertes, como si estuviera impuesta por la "esencia" misma de la persona colectiva y no meramente por consideraciones axiológicas, han visto su postura debilitada, pues han tenido que admitir, aunque a regañadientes, la existencia de casos en que se pena a personas colectivas, sin que pudieran oponer contra ello la ilusoria barrera ontológica.

D. IMPRUDENCIA, NEGLIGENCIA Y TENTATIVA

a) *Imprudencia*

Las actitudes subjetivas que nos permiten afirmar que una acción enantiotética fue asuntiva de pena, abarcan algunos de los casos que comúnmente se clasifican como de imprudencia o temeridad. Cuando el agente prevé que su actividad voluntaria causará probablemente un resultado al que se atribuye una cierta responsabilidad penal y tiene una disposición tal que habría actuado igualmente si hubiera previsto ese resultado como cierto, a esa actitud podría llamársela "imprudencia", si el agente no quiso el

resultado mismo como fin o como medio para otro fin. Sin embargo, esta teoría no distingue este caso de imprudencia de los casos en que la acción enantiotética fue intencional; en ambos casos hubo consentimiento de realizar una acción que tenía las propiedades que la ley trata de prevenir mediante la asignación de responsabilidad penal.

Pero hay también otras situaciones que comúnmente se encaran como casos de imprudencia en las que el consentimiento del agente no se extiende a todas las propiedades que hacen enantiotética a la conducta. Son aquellas en las que el agente, si bien consiente el riesgo de producir un daño, no consiente también el daño mismo (que, sin embargo, se produce). En otras palabras, en estos casos el agente cree o prevé que ciertas circunstancias concomitantes a la acción o consecuencias de ella, que son necesarias para la imposición de una pena, estén probablemente presentes o se presentarán probablemente en el futuro, pero se habría abstenido de actuar si hubiera estado seguro de que tales circunstancias o consecuencias se daban en el momento de actuar o se producirían por efecto de su acción.

La enantiotelidad de esta clase de acción es objetivamente similar a la de las acciones en las que el agente consiente en causar el daño. Ambas acciones implican la creación de riesgos irrazonables que se materializan. La diferencia entre ambos casos es subjetiva y reside en el grado de enantiotelidad *que puede atribuirse al consentimiento del agente*. En los casos de imprudencia que venimos examinando hay un plus de enantiotelidad constituido por la real producción del daño, que no está abarcado por el consentimiento del agente. El principio de asunción de la pena impide imponer al agente la pena correspondiente a ese grado de enantiotelidad.

El agente consintió, sin embargo, en realizar una ac-

ción irrazonablemente peligrosa y si hay una pena prevista para ese grado de enantiotelidad, ella puede serle impuesta, ya que su acción implicaría asumir tal responsabilidad penal.

Podría negarse que la enantiotelidad de la acción que meramente genera un riesgo irrazonable difiera en grado de la de la acción que produce el correspondiente daño. En realidad podría existir un sistema en el que la creación del riesgo de un cierto daño se tratara de la misma forma que la efectiva producción de ese daño; pero esta conclusión está vedada cuando el sistema jurídico establece distintos grados de pena para uno y otro caso, ya que ello indica distintos grados de enantiotelidad, como se arguyó en el capítulo IV. Si nuestro sistema trata diferentemente el caso en que, por ejemplo, solamente se creó un riesgo de muerte y el caso en que efectivamente se causó la muerte, es porque estos casos implican distintos grados de enantiotelidad; y si un individuo causó efectivamente la muerte de otro pero consintió solamente en crear el riesgo de ella, el caso debe ser tratado como en el primero de los casos mencionados (aquel en que no se produce la muerte), ya que ése es el grado de enantiotelidad que el agente consintió en producir.

Si aceptamos esto, la cuestión inmediata será cómo explicar la legislación penal actual que requiere que algún daño haya resultado del acto imprudente. Parece una consecuencia natural de la explicación dada que tal legislación es objetable por definir los delitos de imprudencia en relación a resultados que no pueden atribuirse al agente y que debería sustituirse por otra que prescribiera responsabilidad penal por generar ciertos riesgos, sin condicionarla al hecho de que ellos se materialicen. Creo, no obstante, que los postulados de esta teoría nos permiten adoptar una interpretación de las actuales leyes penales que sea compatible con la argumentación antes sugerida.

Si la legislación que reprime los actos imprudentes sólo cuando el riesgo se concreta, estableciese para ellos la misma pena que para los casos en que el daño es querido o consentido, sería ella ciertamente objetable (por desconocer el principio de asunción de la pena), salvo que propongamos que se la interprete como si previese solamente aquellos casos de imprudencia que implican consentir *el daño*. Pero si la ley penal en cuestión fija para estos casos una penalidad menor que la prevista para los casos en que se intenta o se consiente el daño, ello implica que está dirigida contra acciones que son menos enantiotéticas (o sea que la necesidad y urgencia de prevenirlas es menos intensa) que aquellas que son objeto de una penalidad más severa. Sin embargo, ambas clases de acciones tienen las mismas propiedades externas y en ambos casos hay un riesgo irrazonable que se materializa. La única conclusión posible es que el precepto que establece la pena menor no toma como relevante para la definición de la situación que *ese* precepto trata de prevenir alguna de las propiedades de la acción descripta, aun cuando sea ella una condición para la pena; y, obviamente, tal propiedad irrelevante sólo puede ser la materialización del riesgo. Así, el precepto legal que establece una cierta pena para actos imprudentes que producen el correspondiente daño, sería interpretado como si exigiese ese daño no como antecedente de la responsabilidad penal (o sea como relevante para la enantiotelidad de la acción), sino como una condición para la ejecución efectiva de esa responsabilidad. La explicación de por qué se requiere tal condición podría ser ésta: la producción efectiva del daño constituye una fuerte (aunque no necesariamente concluyente) indicación de que la acción fue realmente muy peligrosa, lo cual sería mucho más difícil de demostrar en ausencia de la materialización del riesgo. El derecho adoptaría el requisito de daño como

una condición pragmática de la pena que asegura que realmente existió el riesgo de gran magnitud que esa pena está destinada a prevenir, y minimiza la posibilidad de error de juicio y las controversias probatorias que de otra forma se producirían. Naturalmente, ese gran riesgo podría haber estado igualmente presente en casos en los que el daño no se produjera, pero podría interpretarse que el derecho renuncia a reprimir esos casos con la pena en cuestión, por las mencionadas razones pragmáticas.

Si hubiere una norma adicional que reprimiera en un menor grado la creación de la misma especie de riesgo cuando éste no se materializa, habría que interpretarla como comprensiva de los casos en que la acción es menos peligrosa que la implicada en los casos precedentes y que, consecuentemente, no requiere la fuerte indicación de gran peligrosidad que está representada por la efectiva producción del daño. Este último precepto sería también aplicable, en primer lugar, a los casos en que la acción fuera altamente peligrosa, pero no produjera el daño que la ley que contempla este grado de riesgo exige por consideraciones probatorias, y en segundo término a los casos en que, a la inversa, este daño se hubiere producido, pero existieron indicios independientes de que la acción no era tan peligrosa como las acciones que la norma que establece pena mayor trata de prevenir.

A fin de clarificar estas diferencias, consideremos dos casos alternativos de conjuntos de normas que contemplan la protección de la vida humana (por ahora, dejo de lado las referentes al homicidio por negligencia). Supongamos que en el primero de esos casos el sistema contiene estas tres normas: una que prescribe una pena para el acto de matar a alguien; otra que prescribe el mismo grado de pena para el acto temerario que cause la muerte de una persona; y una tercera que prescribe una penalidad menor por actos que hagan peligrar la vida de alguien. Como

las dos primeras normas estipulan el mismo grado de pena, habrá que interpretarlas como referidas a actos con el mismo grado de enantiotelidad; y el principio de asunción de la pena requiere que no se imponga la pena prescripta a menos que el consentimiento del agente haya abarcado todas las propiedades que hacen enantiotélica a su acción. Así, la única manera de hacer compatible este sistema con la presente teoría es concluir que la diferencia entre estas dos normas reside en que la primera requiere intención mientras que la segunda sólo comprende aquellos casos de imprudencia que impliquen consentir el daño mismo y, en consecuencia, son asimilables a la producción intencional del daño. La tercera norma sería la única en la que la enantiotelidad de la acción se agotara con la creación de un riesgo.

Veamos ahora un segundo caso que difiere del primero únicamente en que la segunda norma del sistema prescribe una pena menor que la prescripta por la primera, mientras que la tercera impone una pena todavía menor. En este caso nuestro esquema nos permite concluir: primero, que la primera norma abarca tanto los casos en que el agente quiere la muerte de la víctima como los casos en que desea provocar solamente el riesgo de esa muerte, pero consiente su posible materialización; segundo, que la enantiotelidad de la acción reprimida por la segunda norma se agota (a los efectos de *esa* norma) en la creación de un grave riesgo de muerte que debe ser consentido, y la muerte efectiva de la víctima sólo se exige como una condición pragmática para aplicar la pena, destinada a asegurar que el riesgo fue grave y real; tercero, que la tercera norma reprime la creación de riesgos de muerte de menor magnitud que aquellos que la segunda norma está destinada a prevenir, y que esta norma podría aplicarse también a los casos en que, si bien la acción causó la muerte de la víctima (no consentida por el agente), exis-

ten razones independientes para creer que el riesgo no fue de gran magnitud, y a aquellos otros casos en que la acción fue gravemente peligrosa, pero no concurrió la condición para aplicar la pena que requiere el segundo precepto, a saber, la muerte de la víctima.

Como ya dije, un acto imprudente que produce el daño no consentido por el agente es tan enantiotélico como el acto en el que el daño es intencional o consentido, pero el "excedente" de enantiotelidad que el agente no consiente en materializar no puede fundamentar la pena prescripta por la norma para la cual ese "excedente" es relevante, y no puede ser relevante (salvo como una condición de la pena independiente de la enantiotelidad de la acción) para la norma que fija una menor pena para los casos en que el agente no consintió el daño.

b) *Negligencia*

El principio de asunción de la pena no parece permitir la punición de los actos negligentes. La negligencia implica falta de conocimiento de las circunstancias o del resultado de la acción, y por lo tanto es incompatible con la afirmación de que el agente decidió voluntariamente actuar sabiendo que ello implicaba asumir cierta responsabilidad penal.

Hart⁶², que también fundamenta la justificación de la pena en la elección del agente (aunque no es claro si, en su teoría, esta elección requiere o no conocimiento de que la acción sea punible), admite, sin embargo, que es justificable la creación de delitos por negligencia. Su principal argumento es que lo que debe exigirse para la imposición de una pena no es necesariamente un estado psíquico subjetivo del agente hacia su acto, sino la posi-

⁶² En *Negligence, Mens Rea and Criminal Responsibility*, en "Punishment and Responsibility", cit., p. 136.

bilidad de actuar de otra manera, que se presenta en los delitos por negligencia.

Wasserstrom⁶³ ha mostrado lo endeble del argumento de Hart. Lo que debe requerirse, como el mismo Hart lo sugiere en su discusión sobre la justificación de la pena, es que el agente haya elegido efectivamente actuar como actuó y no meramente que hubiera sido capaz de elegir así. Y quien perpetra un delito por negligencia no decidió actuar bajo lo que aparece como la descripción jurídicamente relevante de su acción (por ejemplo, matar a otro) sino solamente bajo otra descripción (por ejemplo, conducir un automotor), que no es aquella que se toma en cuenta al hacerlo penalmente responsable.

El principio de asunción de la pena requiere una genuina decisión del responsable potencial, y, además, una decisión que se toma con conocimiento, no sólo de las propiedades de la acción que la hacen enantiotética, sino también de que ella es realmente enantiotética (es decir, que está prevista una pena para prevenir acciones con esas propiedades). En consecuencia, parece proveer argumentos más sólidos todavía que los de Wasserstrom para rechazar la punición de actos negligentes.

Trataré, sin embargo, de distinguir entre diferentes clases de actos negligentes y demostrar que, en principio, es aceptable la punición de algunos de ellos.

Una cuestión preliminar que debe tomarse en cuenta es que los delitos por negligencia no difieren objetivamente de los delitos imprudentes, ni aun siquiera de aquellos en que se consiente en producir el resultado dañoso. En los delitos por negligencia el agente adopta una manera peligrosa de actuar que causa un daño, y así la acción es objetivamente tan enantiotética como, por ejemplo, el em-

⁶³ En *Negligence and the General Problem of Criminal Responsibility*, en "Yale Law Journal", vol. 81, 949, 1972.

prender intencionalmente tal actividad a fin de producir el daño en cuestión. Para el enfoque "objetivista" propuesto en este trabajo, el causar un incendio en un bosque al arrojar inadvertidamente un fósforo podría ser tan enantiotélico (en el sentido de que su prevención es perseguida con igual intensidad por el derecho) como el incendiarlo deliberadamente (asumiendo que no hay justificación para esto). Naturalmente, la diferencia entre estos dos casos, y también la diferencia entre ellos y los casos de imprudencia que no presuponen consentimiento del daño, depende del grado de enantiotelidad que puede ser atribuida al agente, según su consentimiento de las consecuencias de su acto. En los casos de negligencia el agente no consiente ni en producir un daño ni en provocar un riesgo concreto de que algún daño se produzca. Parece por tanto natural concluir que el agente no consintió ningún efecto de su acción que sea relevante para su enantiotelidad (o sea, para la definición de la situación que la ley trata de prevenir).

Esto es ciertamente así en una amplia variedad de acciones negligentes. Hay muchos casos de negligencia en los que el agente no advierte en absoluto el riesgo implicado en su acción, o bien porque no sabe lo que está haciendo, o porque no advierte la existencia de ciertas circunstancias que hacen peligrosa la acción, o porque, aun advirtiéndolo, no se da cuenta de que lo que hace es peligroso. Esto abarca casos como aquellos en los que el agente simplemente olvida algo (por ejemplo, la fecha en que tiene que presentarse para cumplir el servicio militar; o ponerse guantes asépticos para operar); otros en los que el agente actúa por hábito sin ser consciente de su propia acción (por ejemplo se lleva el paraguas de otro tomándolo del lugar donde suele colocar el suyo); otros casos en los que el agente no advierte alguna circunstancia (por ejemplo, que se está apoyando en una pared que es de

vidrio frágil); o situaciones en que el agente desconoce aquello que es de conocimiento general y concluye que su acción no es peligrosa (como el médico que prescribe una droga creyendo firmemente que no es peligrosa cuando lo es realmente); etcétera. En toda esta amplia variedad de casos es acertado sostener que el agente no consintió en poner en peligro un bien o situación jurídicamente protegidos. Por consiguiente, no consintió en realizar una acción enantiotética, y su conducta no satisface el principio de asunción de la pena.

No obstante, los casos precedentes de negligencia no agotan todas las posibilidades; entre ellos y los casos de imprudencia hay un espacio conceptual ocupado por situaciones en las que el individuo asume una actividad, práctica o modo de actuar que percibe como genéricamente peligrosa, pero sin advertir el peligro inminente que se suscita en una ocasión particular.

Quien conduce a velocidad excesiva un automóvil en medio de un tránsito denso, advierte que su conducción es peligrosa, pero puede no prever que en algún momento particular alguien intentará cruzar la calle interceptando su trayectoria y que, probablemente, no será capaz de detener su automóvil a tiempo. La situación difiere substancialmente de aquella en que, por ejemplo, un conductor que ya tiene delante de su vehículo a un peatón y, mientras aún puede evitar embestirlo disminuyendo la velocidad, acelera su vehículo pensando adoptar, en cambio, el arriesgado procedimiento de eludir el obstáculo. En esta última situación el agente consiente en generar un peligro concreto e inminente, aunque no consienta en dañar a la víctima. En la primera clase de casos el agente no consiente en poner en peligro a una persona en particular en una ocasión también particular, sino que consiente en crear un riesgo genérico que podría materializarse de múltiples e imprevisibles maneras. Lo mismo podría decirse de muchos

otros casos. El director de una fábrica puede saber que una nueva máquina implica algún peligro para quienes la manipulen y consiente en instalarla con la esperanza de que las circunstancias sean tales que ningún obrero corra un riesgo inminente en alguna ocasión determinada. Un médico puede saber que cierta droga es peligrosa para los pacientes cardíacos, pero confiado en la improbabilidad de que los pacientes a quienes prescribe la droga sean enfermos del corazón, descuida ese riesgo omitiendo investigar en cada paciente a quien prescribe la droga el estado de su corazón, sin saber, por tanto, que en una cierta ocasión pone a un paciente en peligro. En general, todos sabemos que arrojar fósforos encendidos en cualquier lado cuando encendemos la pipa puede ser peligroso y, sin embargo, algunos continúan haciéndolo, sin advertir que en determinada ocasión se genera un inminente riesgo de fuego.

En todos esos casos el agente no prevé un resultado particular (como la muerte de otro) y, por lo tanto, no consiente en generar un riesgo concreto de que ocurra ese resultado. Sin embargo, el agente adopta conscientemente una costumbre, hábito o manera de actuar, conociendo su carácter genéricamente peligroso.

Lo que puede atribuirse al agente en un delito por negligencia no es, naturalmente, la producción del daño resultante, ni siquiera la generación de un riesgo concreto en una ocasión particular, sino la consciente ejecución de una actividad, práctica o hábito, que es genéricamente peligroso. Aquello en que el agente consintió es, valga la expresión, la negligencia misma⁶⁴. Es razonable que el derecho distinga este caso de aquel en que se genera un daño concreto e inminente; la necesidad y urgencia de

⁶⁴ J. L. Mackie, ob. cit., menciona la posibilidad de justificar la punibilidad de la negligencia, haciendo responsables a los individuos no por el daño producido, sino por la negligencia misma.

prevenir actos que impliquen un riesgo concreto e inminente para una cierta persona no son las mismas que las de prevenir actos genéricamente peligrosos. Ello justifica una diferencia en el grado de pena entre los dos casos que refleja la diferencia en el grado de enantiotelidad. Esto es aplicable, obviamente, a las acciones negligentes en las que el daño no se produce; cuando ese daño es realmente causado, la acción es tan objetivamente enantiotélica como aquella en que no solamente un riesgo concreto sino también el daño es consentido por el agente. Pero como la negligencia implica falta de consentimiento del daño y del riesgo concreto, el "excedente" de enantiotelidad no puede atribuirse al agente, y la acción debe ser tratada como las acciones negligentes que no implican un peligro inminente para una persona determinada en una ocasión determinada.

Aquí volvemos a enfrentarnos con la dificultad de proveer una justificación para el derecho vigente, que hace depender la punibilidad de los actos negligentes de la efectiva producción de daño (como en el homicidio culposo). Y debemos renovar el dilema planteado al hablar de los delitos por imprudencia. O bien el precepto que reprime un acto negligente refiere la punición a la enantiotelidad plena de la acción, y es, consecuentemente, objetable, ya que el agente no consiente todas las circunstancias que hacen enantiotélica a su acción, o no todas las propiedades, en relación con las cuales se describe la acción, son relevantes para definir la situación que se quiere prevenir mediante *esa pena en particular*. La segunda alternativa es razonable cuando la pena que fijan estas leyes es menor que la pena establecida para las mismas acciones cuando el agente consiente todas sus propiedades.

Por lo tanto, tenemos que concluir que la producción del daño no es relevante para la definición de las situaciones que las leyes que castigan los delitos por negligencia están destinadas a prevenir. Nuevamente ese resultado

es una condición para la ejecución efectiva de la responsabilidad penal y no es parte del antecedente de esa responsabilidad. La razón para requerir esa condición de la pena en los delitos por negligencia es, tal vez, diferente de la razón para exigir la misma condición en los delitos por imprudencia que no implican consentimiento del daño. En este caso esa razón puede ser, me parece, no tanto la necesidad de prueba confiable de la realidad y magnitud del riesgo (ya que el carácter genéricamente peligroso de una actividad puede ser más fácilmente probado que un grave riesgo concreto), sino más bien la conveniencia de evitar una hipere expansión de la pena. Los hábitos, prácticas y maneras de actuar genéricamente peligrosos están ampliamente difundidos en la sociedad y casi todos incurrimos de cuando en cuando en ellos; el derecho trata de disuadir tales hábitos y prácticas por medio de la pena, pero sería una inaceptable expansión de la esfera de la interferencia jurídica si todas esas actividades y hábitos estuvieran efectivamente sujetos a pena. Así, pues, el derecho escoge algunas de aquellas actividades peligrosas con el propósito de hacer efectiva la responsabilidad penal, y esto se hace eligiendo las actividades negligentes que tienen la característica contingente de causar daño, renunciando a la aplicación de pena en el resto de los casos. El propósito del derecho cuando reprime actividades negligentes dañosas no es prevenir solamente las actividades genéricamente peligrosas que causan daño sino todas las actividades peligrosas; así, la efectiva producción del daño no es parte de la definición de la situación que estas leyes (a diferencia de los que penan la causación consensual del daño) están destinadas a prevenir, sino que es solamente una condición de la pena requerida por razones pragmáticas (las desventajas sociales de imponer penas a casi todo el mundo por los hábitos o costumbres genéricamente peligrosos que adoptamos).

En conclusión, algunos de los casos frecuentemente rotulados como de negligencia son compatibles con los principios de responsabilidad penal que son parte de esta teoría, en tanto que consideremos: *a*) que la acción enantiotética por la cual se hace responsable al agente no es la de producir un daño o un riesgo concreto e inminente para otro sino la de adoptar una actividad o hábito genéricamente peligroso; *b*) que el consentimiento del agente debe exigirse en relación a esa actividad genéricamente peligrosa; y *c*) que la producción del daño se requiere por razones relacionadas con la deseabilidad de imponer una pena y no por ser relevante para la finalidad de la ley de prevenir cierta clase de actos mediante esa pena (o sea para la enantiotelidad de la acción que esa ley presupone) ⁶⁵.

Los sistemas jurídicos vigentes no reflejan, respecto del delito de homicidio, por ejemplo, la diferencia entre consentir en producir una muerte, consentir en poner en peligro inminente la vida de otro en una ocasión particular y consentir en realizar una actividad o práctica que se sabe implica riesgos genéricos irrazonables para la vida de otros. Los sistemas jurídicos generalmente distinguen dos clases de homicidio: doloso y culposo, en el derecho continental, y *murder* y *manslaughter*, en la tradición legal anglosajona (con la complicación adicional en Gran Bretaña proveniente de que la penalidad obligatoria para el primero es la misma que el máximo discrecional para el segundo). La aplicación de esta teoría a estos sistemas implicaría restringir la extensión de la norma que prescribe la penalidad más grave (homicidio doloso o *murder*) a los casos en que la muerte de la víctima es, al

⁶⁵ Coincido por lo tanto con autores como Enrique Bacigalupo (*Lineamientos de la teoría del delito*, Bs. As., Astrea, 1974) que tratan al resultado de los delitos negligentes en forma análoga a las "condiciones objetivas de punibilidad" (p. 140).

menos, consentida por el agente, y, distinguir —en el homicidio por culpa o *manslaughter*— los casos en que el agente consiente un riesgo concreto de muerte en una determinada ocasión de aquellos en que solamente consiente en realizar una actividad que es genéricamente peligrosa. En los dos últimos casos la penalidad debería graduarse dentro de los márgenes de la escala legal, según las diferencias mencionadas (partiendo, en el derecho inglés, de un grado menor que el prescrito para el homicidio doloso o *murder*).

c) *Tentativa*

Tal vez parezca extraño tratar la tentativa junto a los casos de imprudencia y negligencia, ya que parecen constituir situaciones exactamente inversas. En los delitos por imprudencia y negligencia el agente realiza una acción que tiene un mayor grado de enantiotelidad que aquél que consintió en producir, mientras que en la tentativa el agente realiza una acción menos enantiotélica que aquella que se propuso ejecutar.

Sin embargo, opino que la imprudencia y la tentativa son substancialmente similares, ya que la enantiotelidad que puede atribuirse al agente es la misma tanto cuando un resultado adicional producido no fue consentido por el agente como cuando ese resultado fue querido, pero no se produjo. En el primer caso, el principio de asunción de la pena impide atribuir al agente ese “plus” de enantiotelidad; en el segundo, el principio de enantiotelidad impide tratar la acción como si ese “plus” se hubiera materializado.

Los autores se han sentido perplejos al tratar de señalar la razón para penar más levemente la tentativa que el delito consumado, ya que las actitudes subjetivas del agente pueden ser idénticas en ambos casos. Las dudas

tan difundidas sobre este tema revelan con qué profundidad las ideas perfeccionistas se han infiltrado en el pensamiento jurídico, a pesar de la explícita profesión de fe liberal por parte de los juristas. Según el enfoque liberal del derecho penal las actitudes subjetivas y los motivos no constituyen fundamento alguno para imponer una pena; sólo el daño o peligro a ciertos bienes, intereses o derechos protegidos, puede servir como fundamento. Es en relación a este aspecto, y no a la cualidad de las actitudes subjetivas del agente, que la tentativa debe ser contrastada con el delito consumado.

Al decir esto, doy por descontado que la enantiotelidad de la tentativa está constituida por el hecho de que ella representa un riesgo concreto para ciertas situaciones que el derecho trata de preservar. El riesgo que implica la tentativa es similar al que consiente quien comete un delito por imprudencia, a pesar de que en este último caso se produce efectivamente el daño, mientras que en la tentativa el daño es intentado pero no se concreta.

Aquí también el tratamiento de la tentativa depende de considerar o no menos enantiotélica la creación de un riesgo de daño que la producción del daño mismo. Creo que es razonable aceptar una diferencia en el grado de enantiotelidad entre la acción que genera un peligro y la que infiere un daño efectivo, ya que esto concuerda con la preferencia general por una situación sobre la otra. Además, recuérdese que cualquiera que sea la solución que se adopte en relación con este tema, debe defendérsela consistentemente a través del sistema jurídico, y una vez que se acepta la diferencia entre daño y riesgo para justificar una menor pena para los delitos por imprudencia que para aquellos en los que se consiente el daño mismo, esta diferencia debe ser tomada en cuenta al tratar la tentativa.

Si se acepta que crear un riesgo de daño es menos

enantiotélico que causar el daño mismo, o sea que la urgencia de prevenir actos peligrosos es menor que la de prevenir actos dañosos, y si además se advierte que la enantiotelidad de la tentativa depende de que ha puesto en peligro bienes protegidos, se hace evidente la razón de castigarla menos severamente que el delito consumado; en efecto, esto está determinado por el principio de proporcionalidad entre enantiotelidad y pena. De la misma forma que una acción no debe ser penada si no produce el daño o peligro que la ley trata de impedir, ella no debe ser penada en el mismo grado que una acción cuyo resultado sea más dañoso, según la escala de daños y riesgos que se adopte. Si en un cierto caso un determinado grado de pena es el máximo que puede justificarse (con relación a un balance de ventajas y perjuicios sociales) a fin de prevenir daños de una cierta magnitud, en otro caso, en el que los males que se precaven son de menor magnitud (como es un riesgo que no se materializa comparado con otro que se concreta), la máxima penalidad que sería justificable para prevenir esa clase de acciones, tendría que ser necesariamente menor que en el primer caso. Naturalmente podría replicarse que la punibilidad de la tentativa está destinada a prevenir daños de igual magnitud que los que se trata de prevenir cuando se penan delitos consumados; los daños en cuestión son aquellos que podrían ser causados por futuros delitos consumados. Es perfectamente natural relacionar la punibilidad de la tentativa con el objetivo de prevenir delitos consumados. Pero ¿es cierto que penar la tentativa únicamente en la medida en que lo justifique la prevención de futuros delitos tentados, mientras que los delitos consumados se castigan con el grado mayor de pena que se justifica para prevenir futuros delitos consumados, debilita la eficacia de la pena como prevención general contra delitos consumados? No encuentro ningún argumento razonable en apoyo

de tal proposición. Quien está cometiendo un delito no quiere meramente intentarlo sino consumarlo y, por lo tanto, lo que entra en sus cálculos es la penalidad para el delito consumado. Quien ya ha comenzado a ejecutar el delito no se siente estimulado a consumarlo por el hecho de que lo que ya ha realizado es menos punible que la ejecución completa del plan; por el contrario, esta circunstancia podría animarlo a desistir, lo que no ocurriría si supiera que el resto de su conducta es “gratuita” desde el punto de vista punitivo. De cualquier forma, las discusiones habituales sobre el tema resultan oscurecidas en tanto y en cuanto parten del interrogante acerca de si hay o no alguna razón para recompensar al autor de una tentativa con una penalidad menor que la que correspondería si se diera la contingencia casual de tener éxito en su plan delictivo. La pregunta correcta es, más bien, si hay alguna necesidad de reprimir la tentativa más severamente que lo que se considera necesario para prevenir otras acciones que solamente crean riesgos (y lo que es necesario podría determinarse por las penalidades fijadas para los correspondientes delitos por imprudencia). Si no existe una clara razón en apoyo de esa necesidad, el “plus” de pena propuesto no está justificado de acuerdo con el principio de prudencia racional en la protección de la sociedad.

Si la razón para prevenir los actos de tentativa consiste en el riesgo para ciertas situaciones protegidas que genera la conducta efectivamente realizada por el agente, podría preguntarse por qué la legislación penal vigente requiere para su punibilidad una intención de producir el daño. El riesgo que supuestamente constituye la enantiotelidad de la tentativa puede ser el mismo, sea que el agente se proponga o no causar el daño implicado en el delito consumado. Puede ofrecerse, sin embargo, una explicación para la tentativa que es similar a la que propuse en relación con los delitos por imprudencia. El re-

quisito de que el agente tenga el propósito de concretar un resultado dañoso podría ser interpretado como un criterio pragmático alternativo para determinar la existencia de un riesgo de gran magnitud, superando parcialmente las dificultades probatorias que surgirían de otra manera. Cuando una acción es parte de un plan frustrado tendiente a producir un daño, hay una presunción de riesgo mucho mejor fundada que cuando la acción no es parte de un plan de esa índole. Así, el requisito de intención del resultado en la tentativa tiene la misma función que el requisito de la producción efectiva del resultado en los delitos por imprudencia. Ambos constituyen formas de asegurar que el riesgo implicado en la acción sea real y considerablemente mayor que aquel que es objeto de penalidades menores prescriptas por otras leyes (como las que reprimen la mera conducción peligrosa de automotores). En situaciones cotidianas advertimos cuánto más fácil es determinar la realidad y magnitud de un riesgo creado por quien quiere causar un daño, que las de un riesgo creado en el curso de una actividad movida por un propósito inocente.

Sin embargo, ni el criterio basado en la producción efectiva del daño ni el criterio basado en la intención de producirlo, resultan concluyentes para asignar peligrosidad a una acción. Ya hemos visto que una acción puede efectivamente producir un daño aun cuando no constituya una forma de actuar irrazonablemente peligrosa. De la misma manera, una acción realizada con la intención de causar daño no es, por esa única razón, necesariamente peligrosa. El plan del agente de causar un cierto daño pudo haber distado mucho de lograr el resultado querido para permitirnos sostener que la víctima estuvo realmente en peligro.

Como expliqué en el capítulo anterior, la mera intención de causar un daño no es normalmente suficientemente

peligrosa para justificar su punición como delito, fundamentalmente por la razón de que siempre existe la posibilidad de un cambio de idea. Aun las intenciones que el agente comienza a materializar mediante la realización de algunas preparaciones preliminares pueden no ser mayormente peligrosas. Ello da origen a la habitual distinción entre actos meramente preparatorios y actos que implican el comienzo de ejecución del delito.

No es unánime, sin embargo, el criterio sobre el cual esta distinción debe basarse, ni en el derecho inglés ni en el derecho continental. Los candidatos más favorecidos son los criterios de la proximidad y de la inequívocidad⁶⁶ de los actos realizados con miras al resultado; ambos criterios presentan tanto ventajas como consecuencias absurdas, por lo cual no es dable confiar ciegamente en ellos y concebirlos como mutuamente excluyentes. Constituyen guías pragmáticas para determinar si se dio la circunstancia que marca la diferencia entre la tentativa y los otros actos realizados con la intención de causar daño. Esta circunstancia consiste en la presencia de un considerable riesgo de que ocurra el daño en cuestión. Ese riesgo puede presumirse cuando la acción realizada estuvo muy cerca de producir el resultado o cuando fue de tal naturaleza, que hiciera muy improbable un cambio de designio en el agente. Empero estos criterios son incomprensibles si olvidamos lo que están destinados a determinar: son criterios para evaluar el riesgo implicado en la acción a pesar de no haberse producido el daño.

Hay ciertos casos de tentativa en los que parece extraño referirse a la creación de un riesgo. De quien intenta violar a una mujer no se dice, generalmente, que ha creado el riesgo de que una mujer sea violada; ello corresponde, sin embargo, a un mero modo de hablar:

⁶⁶ Ver estos criterios en Smith y Hogan, *Criminal Law*, Londres, 1973, p. 194 y siguientes.

obviamente, la mujer ha corrido el riesgo de ser violada y el individuo en cuestión creó tal riesgo.

Si tenemos presente que la enantiotelidad de la tentativa depende de la peligrosidad que ella entraña en relación con situaciones protegidas, estaremos en condiciones de tratar la llamada "tentativa de delito imposible". Es evidente que cuando el resultado que el individuo intenta no constituiría (de producirse) un daño de los que la ley trata de prevenir, aunque el agente crea erróneamente que el resultado es enantiotélico, no existe riesgo alguno creado por la tentativa en cuestión; y, en consecuencia, el agente no puede ser penado (además, ¿según qué norma se lo castigaría?, sería absurdo que los tribunales crearan leyes penales de acuerdo con la imaginación de los individuos). La solución contraria deriva directamente de la idea de reprimir las intenciones e inclinaciones perversas de las personas. Pero cuando el resultado no puede lograrse a causa de algún impedimento fáctico que torna ineficaz la acción, debemos investigar caso por caso si puede sostenerse que la acción fue, sin embargo, de naturaleza peligrosa. La Cámara de los Lores inglesa, en "Houghton v. Smith" (1974) 2 W.L.R. 1, examinó una serie de hipótesis de actos que se clasifican como tentativa de delito imposible o como tentativa punible, según varios criterios. G. Williams⁶⁷ ha demostrado que tales criterios no son suficientemente operativos, pero su propia sugerencia en favor de adoptar la solución de una ley de Nueva Zelanda, que convierte en tentativa cualquier acto realizado con el propósito de cometer un delito, sin considerar si es posible o imposible cometer el tal delito, implica pervertir la razón de penar la tentativa de acuerdo con una con-

⁶⁷ *Criminal Law. Attempting the Impossible (Case and Comment)*, en "The Cambridge Law Journal", 1974, p. 31. Por ejemplo, uno de los criterios que trata es el que exige que el agente haya hecho todo lo que intentó hacer, mientras el resto del curso de acción está fuera de su control.

cepción liberal de la responsabilidad penal. Esta justificación no reside en la mera presencia de un propósito malvado, sino en la creación de un riesgo objetivo para situaciones jurídicamente protegidas; y no todo acto realizado con la intención de cometer un delito acarrea tal riesgo.

Aunque no puedo desarrollar a fondo este tema, me inclino a propugnar el empleo de una cierta regla práctica para distinguir los casos de tentativa de delito imposible (desde el punto de vista fáctico) de aquellos en que la consumación era posible. Recuérdese que la enantiotelidad de una acción está relacionada con el derecho de impedir la ejecución de la acción, ya que es razonable sostener que, en principio, es legítimo impedir aquellas, y solamente aquellas, acciones que el derecho quiere disuadir. Así, se puede tratar de distinguir en la práctica entre tentativa de delito imposible y tentativa peligrosa, preguntándose si un observador que adoptara la política de la legislación penal y tratara de impedir los daños y riesgos que el derecho está destinado a prevenir, teniendo cabal conocimiento de las generalizaciones empíricas relevantes y las circunstancias del caso, actuaría o no razonablemente si obstruyera al agente en su realización de la acción en cuestión. El empleo de esta regla sin duda exoneraría a quien tratara de matar a su enemigo clavando alfileres en su efigie de cera, ya que no hay razón para impedir que ese individuo continúe con su inocuo maleficio, lo mismo ocurre con quien quiera matar a un cadáver. En cambio, sería perfectamente razonable impedir que alguien disparara contra otro aunque se supiera que era un pésimo tirador. Esta regla práctica no provee más que una orientación general; la respuesta definitiva debe provenir de la determinación de si existió realmente o no un riesgo para bienes o derechos jurídicamente protegidos.

Antes de pasar a otro tema, quiero recalcar que la

mayor parte de los sistemas penales modernos son compatibles con el tratamiento que he propuesto para la tentativa; ellos o fijan una penalidad máxima que es inferior a la correspondiente al delito consumado⁶⁸ (y que es, en general, aproximadamente similar a la atribuida a los correspondientes delitos por imprudencia), o aun cuando establecen un máximo de pena que coincide con la del delito consumado, permiten discrecionalmente aplicar una penalidad menor⁶⁹. La adopción de la teoría que vengo bosquejando obligaría a ejercer esa facultad discrecional en todos los casos de tentativa, reprimiéndolos con menor severidad que el delito consumado correspondiente.

E. PLURALIDAD DE HECHOS Y PLURALIDAD DE AGENTES

Los temas de concurso de delitos y de participación serán objeto de un tratamiento comparativamente breve, puesto que las implicaciones de los principios defendidos respecto de la solución de estos problemas son relativamente claras (aunque no lo sea tanto la aplicación a ciertos casos particulares de los criterios que surgen de tales principios).

a) *Concurso de delitos*

Los casos de concurso de delitos se presentan, o bien cuando varias normas penales son aplicables a una misma acción individual, o cuando un agente ha ejecutado varias acciones individuales que son subsumibles bajo una misma

⁶⁸ Por ejemplo, el Código Penal de la República Argentina reduce de un tercio a la mitad de la pena máxima y mínima correspondiente al delito consumado; además permite al juez eximir de pena por tentativa de delito imposible.

⁶⁹ Por ejemplo, la *Criminal Law Act* inglesa de 1967 (secc. 7) establece sólo que los tribunales *pueden* castigar la tentativa igual que el delito consumado; no se impone, pues, la equiparación.

o distintas disposiciones penales y se debe decidir la penalidad aplicable dentro del marco de una única sentencia judicial (este último requisito distingue los casos de concurso de los casos de reincidencia).

Los juristas continentales se manejan con cuatro categorías conceptuales para tratar estos casos: la del concurso aparente de leyes, la del concurso ideal, la del concurso real y la del delito continuado. Estas categorías son de difícil manejo y de dudosa operatividad, pues se las define de acuerdo con diferentes criterios que se entrecruzan en la caracterización de cada una de ellas, impidiendo que tales categorías hagan referencia a clases bien definidas de casos que sean recíprocamente excluyentes.

Un primer paso que es conveniente dar para clarificar este tema consiste en distinguir entre las siguientes situaciones. *A1)* Cuando una única acción del procesado es subsumible bajo una descripción de una norma penal, que implica lógicamente otra descripción contenida en otra norma diferente. *A2)* Cuando una única acción del procesado es subsumible bajo varias descripciones lógicamente independientes entre sí contenidas en distintas normas. *B1)* Cuando el procesado ha realizado varias acciones individuales subsumibles en descripciones de normas diferentes y tales acciones guardan entre sí una relación de "medio a fin". *B2)* Igual que *B1*, pero las acciones no están instrumentalmente relacionadas, aunque hay entre ellas una conexión causal. *B3)* Igual que *B1* y *B2*, pero las distintas acciones individuales sólo están relacionadas entre sí por haber sido ejecutadas en el mismo contexto o situación. *B4)* Cuando las varias acciones individuales subsumibles en diferentes descripciones no tienen entre sí ninguna conexión relevante. *C1)* Cuando el procesado ha realizado varias acciones individuales subsumibles en la descripción de una misma norma penal y tales acciones están contextualmente vinculadas entre sí. *C2)* Igual que

C1, pero sin que haya ninguna conexión relevante entre las distintas acciones individuales que caen bajo una misma descripción legal⁷⁰.

La clasificación precedente sólo nos ofrece una topografía del terreno ocupado por los distintos casos en que se plantea el problema del concurso de delitos; no nos indica, de ningún modo, la solución que corresponderá a cada uno de esos casos, y ni siquiera presupone que las características que distinguen a un caso de otro sean relevantes para determinar una solución diferente para cada uno de tales casos. Como hizo muy bien en recordarnos G. R. Carrió, en un prólogo crítico al trabajo en que presenté una clasificación substancialmente similar, "más que por el (supuesto) uso ordinario de tales expresiones ['una sola acción', 'varias acciones'], la solución de esas dificultades [las que se plantean en relación al concurso de delitos] debería guiarse por consideraciones de otro tipo, vinculadas con la justificación del castigo como práctica social y con los principios complementarios que precisan y condicionan la imposición de castigos en casos particulares"⁷¹.

Mientras que en aquel trabajo no me propuse ofrecer criterios para resolver las diferentes situaciones concursales, sino presentar simplemente un esquema conceptual que facilitara la discusión de posibles criterios⁷², la teoría cuyos lineamientos acabo de expresar aquí contiene el tipo de consideraciones y principios de que hablaba Carrió y que hacen posible inferir tales criterios. Los principios relevantes para resolver los distintos casos de concurso son,

⁷⁰ Esta clasificación coincide substancialmente con la que propuse en mi monografía, *El concurso en el derecho penal*, Bs. As., Astrea, 1972, p. 39 y siguientes.

⁷¹ Ver ob. cit., p. 13.

⁷² Idem, p. 22 y 23.

obviamente, el principio de enantiotelidad y el principio de prudencia racional en la protección social.

La idea es que, dada una acción subsumible bajo una cierta descripción penal, el hecho de que esa misma acción caiga también bajo otras descripciones penales o de que el procesado haya realizado otras acciones subsumibles bajo la misma o bajo otra descripción distinta de la anterior, sólo es relevante para modificar la pena que correspondería si esas circunstancias (pluralidad de descripciones aplicables o pluralidad de acciones) no se hubieran dado, cuando tales circunstancias inciden en la gravedad de la situación que la pena imputada a una sola acción que cae bajo una sola descripción tiende a prevenir. O sea que cuando estamos frente a una acción que es subsumible bajo una descripción contenida en cierta norma penal que trata de prevenir una determinada situación (generada por esa conducta), la circunstancia de que tal acción caiga también bajo otras descripciones penales o que el procesado haya realizado otras acciones (subsumibles bajo la misma descripción o bajo otra diferente), no es computable para aumentar (o disminuir) la pena cuando tal circunstancia no incide en el carácter dañino o peligroso de aquella situación. Esto responde al principio de proporcionalidad entre enantiotelidad y pena. Si una pena es el máximo mal que puede infligirse para prevenir situaciones que envuelven cierto grado de daño o peligro, no se justifica una penalidad mayor si el grado del daño o peligro generado no se ve alterado por la pluralidad de figuras aplicables o por la pluralidad de acciones. Lo contrario implicaría penar al individuo más de lo que es necesario y admisible para prevenir la situación disvaliosa que ha generado; supondría multiplicar la pena no obstante no haberse dado una situación más grave que la que la pena única tiende a prevenir. Esta es la idea que subyace a la máxima *non bis in idem*.

Si observamos ahora cómo este criterio se aplica a los distintos casos que hemos distinguido precedentemente, se podrán sugerir las siguientes conclusiones:

En el caso A1, en que una sola acción sea subsumible bajo una descripción legal que, a su vez, implique lógicamente otra (que son los casos que los juristas continentales catalogan como de especialidad y algunos de los de subsidiariedad y consunción⁷³), no corresponde modificar la pena imputada a la acción que responde a la primer descripción. Si la ley imputa cierta pena al parricidio y esta descripción implica lógicamente la descripción de la acción como homicidio simple, al satisfacer la primera descripción el agente ha dado lugar a la situación que la pena vinculada con ella tiende a prevenir y esa situación no se ve agravada por el hecho de que la acción satisfaga también la segunda descripción. Lo mismo ocurre por ejemplo, en los casos en que una misma conducta puede ser calificada como robo simple y daño (que los dogmáticos consideran un caso de subsidiariedad), o como lesiones graves y leves o lesiones y homicidio (que se concibe como un caso de consunción).

En cambio, cuando se trata de una misma acción subsumible bajo descripciones penales lógicamente independientes entre sí (caso A2) corresponde generalmente acumular las penas prescriptas por las normas que contienen las distintas descripciones. La razón es que cada descripción está presumiblemente relacionada con la generación de una situación que presenta aspectos disvaliosos propios e independientes; de este modo, cuando varias descripciones son aplicables a una misma conducta, es de suponer que ella ha dado lugar a una situación que presenta acumulativamente varios de esos aspectos, siendo más dañina o peligrosa que una acción subsumible sólo

⁷³ Ver Nino, ob. cit., cap. IV.

bajo una descripción. Esto se ve claro en casos como los de violación y propagación de una enfermedad venérea a través de una misma acción o cuando se estafa utilizando un documento falso. Evidentemente quien por un mismo acto viola y contagia su enfermedad venérea a la víctima provoca una situación más grave que quien sólo comete violación. Sin embargo, hay algunos pocos casos de esta índole que pueden suscitar dudas: uno de esos casos es el de la violación de un varón cuando se entiende que la sola relación homosexual con un menor configura el delito de corrupción. Como puede haber violación sin corrupción y corrupción sin violación se podría pensar que el caso no está comprendido en la hipótesis anterior (en que hay una relación de implicación lógica entre las descripciones), sino que corresponde a la presente categoría de casos. No obstante, ambos delitos están caracterizados (al menos en el Código Penal argentino) a través de varias descripciones alternativas, algunas de las cuales, correspondientes a uno y otro delito, tienen ámbitos de aplicabilidad que se superponen tan extensamente, que es difícil suponer que el objetivo legal de prevenir una clase de hechos no tuvo en cuenta los aspectos disvaliosos que caracterizan a la otra clase. Así, si bien no todo acceso carnal con persona de uno u otro sexo menor de 12 años (art. 119, inc. 1º, del Código Penal argentino) constituye la conducta de facilitar o promover la corrupción de una persona menor de 12 años (art. 125, inc. 1º), es razonable concluir que la razón para reprimir la primera clase de acto —que expresamente se describe diciendo que la víctima puede ser de uno u otro sexo— tomó en cuenta el daño que se infiere cuando la víctima es un varón (lo que es constitutivo de corrupción, según algunas interpretaciones); se puede, por tanto, pensar que ese daño está incluido entre los males que la primera norma trata de prevenir.

Cuando se trata de varias acciones individuales subsumibles en descripciones penales distintas (casos *B*), en la mayoría de las situaciones corresponde concluir que el estado de cosas generado es más grave que el que cada norma aislada está destinada a prevenir. Por ejemplo, si alguien rapta a una menor con el fin de tener acceso sexual con ella, la conducta es obviamente más dañina que si hubiera cometido rapto sin estupro o estupro sin rapto; lo mismo ocurre con quien viola un domicilio para matar al morador, con quien priva de su libertad a un hombre para violar a su esposa o con quien usurpa un título profesional para estafar. No hay razón, pues, para aplicar una pena única por el hecho de que haya una conexión instrumental entre las diversas acciones individuales⁷⁴. Lo mismo debe concluirse cuando hay una conexión meramente causal, como en el caso de quien ha cometido un robo y cubre su fuga a tiros, cometiendo el delito de abuso de armas, o cuando la conexión entre las diversas acciones es sólo contextual, como cuando alguien comete injurias mientras se resiste a obedecer a una autoridad.

Hay, sin embargo, dos casos de varias acciones individuales que encuadran en leyes penales distintas que merecen un tratamiento especial: uno de ellos se presenta cuando una de las acciones constituye el medio o antecedente "natural" o normal para cometer la otra, por ejemplo cuando se poseen ilícitamente materiales explosivos para usarlos posteriormente. Si bien la descripción del "delito-fin" no implica lógicamente la del "delito-medio", es de presumir que el objetivo de prevención de la ley que reprime el primer delito, ha tomado en cuenta que el antecedente normal de ese delito es la conducta que constituye el segundo delito, y que el daño o peligro implicado en este segundo ha sido absorbido en la caracterización

⁷⁴ Conf. Soler, S., *Derecho Penal argentino*, cit., t. II, p. 334.

de la situación disvaliosa que la primera norma trata de precaver. Lo mismo ocurre en la situación inversa, que se da cuando una de las acciones constituye una secuencia "natural" o normal de la otra. Por ejemplo, así sucede con el robo y la posterior venta de la cosa ajena o con la apropiación de un cheque perdido y su cobro posterior; aunque el robo no es un medio "natural" para vender lo ajeno, una vez que se ha cometido un robo la secuencia normal de él es la venta de la cosa robada. También en estos casos hay que concluir que en la caracterización de la situación que una de las normas trató de prevenir se incluyó el daño o peligro causado por la acción que constituye una secuencia normal del comportamiento que tal norma reprime. Obviamente estos dos casos dan lugar a justificada perplejidad cuando la pena del "delito-fin" o del delito que absorbe a otro que constituye su secuencia natural, es menor que la imputada al otro delito; parece absurdo que en la caracterización de una situación disvaliosa que una cierta pena trata de prevenir se incluya implícitamente un daño o peligro que, cuando se da aisladamente, se procura prevenir con pena mayor. Aquí están en conflicto dos criterios de racionalidad que son relevantes para reconstruir el objetivo de leyes penales: uno indica que cuando un acto es el antecedente o la secuencia normal de otro, el objetivo de prevenir este último mediante cierta pena tuvo que tomar en cuenta que iría normalmente acompañado por el otro acto; el otro criterio determina que cuando la ley reprime un acto con pena mayor que otro, la situación que se trata de prevenir en el primer caso es más disvaliosa que la generada en el segundo, de modo que el objetivo de prevenir aquella clase de situaciones no se ve satisfecho aplicando la pena menor. No hay una fórmula precisa para resolver este conflicto de criterios. Hay que apreciar en cada caso cuán "natural" es el antecedente o la

secuencia del delito reprimido con pena menor y si la diferencia de pena es tal, que haga pensar que, pese a la conexión entre ambos hechos, el objetivo de prevenir la situación generada por el delito más leve no tomó en cuenta el daño o peligro implicado en el más grave. Me inclino a pensar que esta última solución (que refleja el principio de proporcionalidad entre enantiotelidad y pena) debe prevalecer siempre que su presupuesto acerca del propósito legal no resulte notoriamente irrazonable (como lo sería, por ejemplo, en el caso de la tenencia y el empleo de explosivos si la primera estuviera reprimida con mayor pena que el segundo).

Por último, cuando son varias las acciones individuales subsumibles bajo la misma descripción penal (casos C), también corresponde generalmente acumular las penas que hubieran merecido cada una de ellas de habérselas realizado por separado. Esto es obvio, por ejemplo, cuando se realizan varias acciones de matar aunque ellas se ejecuten mediante una sola actividad de arrojar una bomba contra varias personas (en el caso de la descripción de una actividad como "matar" la pluralidad de resultados determina que haya pluralidad de acciones a pesar de que la actividad corporal sea única⁷⁵). Es de destacar, sin embargo, que el principio de proporcionalidad entre el daño o peligro generado y la pena aplicable hace que una sola acción pueda reprimirse tanto como varias acciones independientes, si el daño producido por la primera es equivalente al daño que en conjunto producen las segundas (como si, en un caso, se hurta de una sola vez \$ 100.000, y, en otro, se hurta diez veces \$ 10.000). No obstante, el hecho de que un mismo resultado se obtenga, no a través de una sola acción, sino de varias acciones independientes, puede implicar *per se* un daño o peligro mayor,

⁷⁵ Ver Nino, ob. cit., p. 38.

puesto que el lapso entre las distintas acciones, o el hecho de que éstas recaigan sobre víctimas diferentes, etc., puede hacer más grave la situación generada, al aumentar, por ejemplo, la alarma pública, dificultar la posibilidad de descubrir el hecho, hacer más probables ciertos riesgos colaterales, etcétera.

Antes de concluir este tema conviene examinar brevemente cómo se compaginan los criterios aquí sugeridos con las reglas del Código Penal argentino en materia de concurso de delitos. En principio, los arts. 54 y 55 parecen adecuarse a tales criterios, puesto que las expresiones “un hecho” y “varios hechos independientes” pueden interpretarse, con relativa facilidad, como referentes no a una o varias acciones individuales⁷⁶, sino a una o varias situaciones de daño o peligro que se trata de prevenir. Sin embargo, constituye un defecto de la ley que impute necesariamente la pena mayor cuando se da un solo hecho, lo cual ha obligado a la dogmática a emplear la dudosa categoría del “concurso aparente de leyes” para cubrir casos como los denominados de “especialidad” y “consunción”. La regla debería estipular que cuando un solo hecho caiga bajo más de una sanción penal se aplicará solamente la pena fijada por la norma que está más específicamente dirigida a prevenir ese hecho. Por otra parte, las disposiciones pertinentes no permiten distinguir claramente entre las circunstancias que dan lugar a que se apliquen las reglas concursales (pluralidad de descrip-

⁷⁶ En la monografía citada propuse provisoriamente (p. 30) identificar “hecho” con “acción” porque no me convencían los argumentos aducidos en contra de tal identificación y porque la unidad o pluralidad de acciones es relevante (como lo expongo más adelante en este texto), no para las soluciones en materia concursal, sino para la *aplicabilidad* de las normas acerca del concurso de delitos; sin embargo, al concluir ese ensayo (p. 128) sugerí que puede haber razones valorativas válidas, que aquí expongo, para darle a la expresión “hecho” un significado diferente y que ello tampoco violentaría el uso ordinario de tal expresión.

ciones aplicables o pluralidad de acciones individuales) y las circunstancias que determinan una u otra solución (unidad o pluralidad de hechos dañosos). Una regla más precisa debería disponer que cuando el procesado hubiere cometido varias acciones delictuosas, o una sola acción subsumible bajo varias normas penales, pero esta circunstancia no alterase substancialmente la situación de daño o peligro que una sola de las acciones ejecutadas hubiera generado, o que una sola de las normas aplicables trata de prevenir, se aplicará únicamente la pena correspondiente a aquella sola acción, o la pena fijada por esa sola norma.

b) Participación

Los casos de pluralidad de agentes son en cierto sentido inversos a los de concurso que determinan una acumulación de penas: mientras en estos segundos casos un solo agente genera varias situaciones de daño o peligro, en los primeros varios individuos intervienen en la generación de un único daño o peligro.

El principio de proporcionalidad entre el daño o peligro generado y la pena aplicable podría hacer pensar que en los casos de pluralidad de agentes corresponde dividir la pena destinada a precaver ese daño o peligro entre todos los agentes intervinientes. Sin embargo, esto no es, evidentemente, así. Robert Nozick comenta lúcidamente tal idea con estas palabras: "El siguiente modelo podría subyacer a esta idea. Por cada acto, el modelo estipula, hay un monto fijo de responsabilidad, y éste puede ser medido en relación al monto de pena que corresponde al acto. Alguien que fue instigado por otro a hacer algo puede ser castigado plenamente por su acto; puede ser penado tanto como lo sería quien decidió por sí mismo realizar la misma acción. Como de este modo

se ha agotado toda la pena disponible para ese acto, también se ha agotado toda la responsabilidad por su comisión; no hay un resto de responsabilidad o pena para asignarla a otra persona. Así, el argumento concluye, una persona que instigó a otro a decidir hacer algo no puede ser considerada responsable o, en absoluto, penada por las consecuencias del acto de otro. Pero este modelo de un monto fijo de responsabilidad es erróneo. Si dos personas cooperan en matar o lesionar a un tercero, entonces cada uno puede ser penado plenamente. Cada uno puede recibir la misma pena que alguien que hubiera actuado solo, por ejemplo N años de prisión. No es necesario que a cada uno se le imponga $N/2$. La responsabilidad no está contenida en un tonel en el que quede menos cantidad cuando se extrae algo para asignárselo a alguien; no hay un monto fijo de pena o responsabilidad que alguien pueda agotar de tal modo que no quede nada para los demás. Como este modelo acerca de cómo opera la responsabilidad es falso, se elimina un apoyo importante para la idea de que nadie puede ser penado por instigar a otro individuo responsable a hacer algo”⁷⁷.

Obviamente, esta conclusión es consecuencia de la independencia y separabilidad de las personas. Así como las cargas o sacrificios de algunos no pueden compensarse con los beneficios gozados por otros, nadie puede tampoco pretender que una carga o pena que se le impone a él en la medida necesaria para prevenir ciertos males sociales, sea disminuida en la proporción en que otro sufre una carga o pena por el mismo hecho. El objetivo de prevenir daños o peligros análogos al causado en el caso presente por varios agentes, exige evidentemente que la pena total que se imponga con ese objetivo sea un múltiplo

⁷⁷ *Anarchy, State and Utopia*, cit., p. 130.

tiplo, igual al número de individuos implicados, de la pena fijada por la generación de ese daño o peligro. De otro modo se estimularía a la gente a cometer delitos en forma colectiva, ya que cuantos más individuos intervengan en la comisión de un delito, menor será la pena que cada uno haya de sufrir (se ve claramente que esta conclusión se apoya en la idea de independencia de las personas, puesto que si cada uno fuera tan sensible al goce o sufrimiento ajenos como al propio, la división entre varias personas de la pena tendiente a prevenir cierto daño o peligro no afectaría al objetivo de prevención). De este modo, la pena total aplicable por cierto hecho no sólo se determina en función de la magnitud del daño o peligro producido (o sea de la enantiotelidad de la acción), sino también del número de individuos que en él intervienen.

Pero este principio debe combinarse con una idea que apunta en la dirección opuesta: cuando varios individuos participan en la producción de un cierto daño o peligro, es posible, aunque no necesario, que la contribución de cada uno a la generación de ese daño o peligro sea menor que la contribución de un solo agente a producir el mismo daño o peligro. Si alguien tiene acceso carnal con una mujer mientras otro la sujeta por la fuerza, la contribución del primer individuo al daño constitutivo de la violación es menor que cuando el mismo individuo que tiene acceso carnal ejerce fuerza sobre la víctima. Cuando un mismo daño o peligro ha sido el resultado de varias acciones, de modo que ninguna de ellas, aisladamente, lo hubiera generado, cada una de tales acciones es menos dañina o peligrosa que una acción única que hubiera producido el mismo resultado; y, como la responsabilidad penal es individual, cada agente sólo es responsable por el grado de enantiotelidad de su propia acción. El grado de enantiotelidad de una acción, no sólo depende de la

magnitud del daño o peligro que ella contribuye a generar, sino también de la importancia de su contribución al logro de tal resultado. Esto surge claramente del tratamiento propuesto para la tentativa: si se admite que un acto de tentativa es menos enantiotético que el que consuma el correspondiente delito, lo mismo habrá de decirse de un acto que, sin la contribución de otras acciones, hubiera quedado en tentativa. La necesidad y urgencia de prevenir conductas que sólo producen cierto grado de daño o peligro cuando se combinan con otras acciones, es menor que la de prevenir conductas que son capaces de generar por sí solas ese grado de daño o peligro.

Esta conclusión no contradice el principio de no divisibilidad de la pena entre los distintos individuos que intervienen en la generación de una misma situación dañosa o peligrosa. Si la acción de cada individuo hubiera sido capaz de producir aisladamente el mismo resultado —como cuando cada agente ha infligido heridas mortales a la víctima—, a cada uno de ellos se lo debe penar como si hubiera causado el resultado por sí solo. Lo mismo ocurre cuando un agente ha recibido una ayuda innecesaria de otro. Lo que justifica una disminución de la pena de cada agente no es el hecho de que otros también sean penados por el mismo resultado, sino el hecho de que la intervención de otros en la producción del resultado puede indicar que cada acción aislada no era suficiente para producir el grado de daño o peligro que la penalidad plena está destinada a prevenir. Esto no implica estimular que se cometan delitos en forma colectiva, ya que, si la colaboración de otros fuera sólo procurada para disminuir la responsabilidad propia por un determinado hecho, ello indicaría que la tal colaboración era innecesaria para producir el hecho.

De esto se infiere que el grado de responsabilidad de los distintos partícipes en un mismo hecho depende del

grado de contribución objetiva que han prestado para generar el daño o peligro que la ley trata de prevenir⁷⁸. Obviamente no puede haber una fórmula precisa que distinga de antemano diversas especies o clases de intervención en la comisión de un delito según los grados de contribución al resultado dañoso o peligroso que correspondan a cada una de ellas. Tales grados de contribución constituyen un continuo de casos que se distinguen unos de otros por la mayor o menor probabilidad de generar el daño o peligro sin la intervención de los otros agentes o la mayor o menor facilidad de substituir la cooperación de esos agentes por la de otros individuos o por la propia actividad de la persona de que se trata.

Cuando el problema de asignar grados de responsabilidad a los distintos intervinientes en un mismo hecho, se encara, como lo hacen la mayor parte de las legislaciones penales y la dogmática, empleando categorías como las de "autor", "autor mediato", "instigador", "cómplice primario" y "cómplice secundario", se produce una situación sumamente incómoda, ya que es imposible asignar a cada una de esas categorías un grado de contribución definido y constante a la generación de cada daño o peligro que la ley trata de prevenir.

Es cierto que la forma en que están redactadas las normas penales obliga a distinguir entre los autores (o co-autores) de un hecho delictuoso y los demás que intervienen en él. Al usar verbos de acción como "matar", en vez de expresiones como "producir la muerte", la ley obliga a distinguir entre quienes realizan la acción descrita y quienes instigan o cooperan a la realización de dicha acción. Obviamente no "mata" quien entrega un

⁷⁸ Carrara, ob. cit., t. 1, p. 287, decía: "En un delito pueden tomar parte varias personas. La justicia exige que se llame a todas a dar cuenta de la infracción de la ley; pero exige asimismo que cada una responda de su papel, en proporción al *influjo* que haya ejercido en la infracción".

cuchillo a otro para que apuñale a la víctima, sino quien la apuñala. Pero esta distinción no siempre corresponde a una diferencia en cuanto al grado de contribución objetiva a la producción del daño o peligro; quien realiza la acción descrita por la norma penal puede haber contribuido ínfimamente al resultado dañoso o peligroso, en comparación con quienes han intervenido mediante acciones que no son subsumibles bajo esa descripción. La idea de que el autor es *siempre* quien más contribuye al resultado dañoso es infundada (como la muestra, por ejemplo, el caso inglés "Morgan").

Sin embargo, la forma en que las normas penales están redactadas puede ser compatible con una regulación de los casos de pluralidad de agentes que no dependa de la distinción entre autores y otros intervinientes en el hecho, y mucho menos de una distinción cualitativa entre distintas formas de participación. Esto se lograría si la criminalidad colectiva estuviera regulada por una norma que dispusiera que las penas fijadas para los distintos delitos se extenderán a todos los que hubieren tomado parte en su planeamiento y ejecución y que la responsabilidad de cada uno, incluida la de los autores, se graduara dentro de la escala penal prevista (cuyo mínimo podría disminuirse a esos efectos) de acuerdo con el grado de su contribución al hecho que la respectiva norma penal trata de prevenir. El Código Penal argentino se acerca bastante a esta forma de regulación al asimilar la situación de los autores, partícipes primarios e instigadores (art. 45), lo cual permite no poner énfasis en la distinción entre estas categorías sino graduar la pena en cada caso y cualquiera que sea la categoría aplicable según "la extensión del daño o peligro causado" (art. 41, inc. 1º); lo único en que se aparta del modelo propuesto es en el tratamiento diferencial de la participación secundaria (art.

46), lo cual, por supuesto, suscita innecesarios problemas de clasificación.

Por cierto que siendo la responsabilidad de cada agente una responsabilidad individual, o sea una responsabilidad por su propia acción que contribuye a generar el daño o peligro que la ley pretende evitar, cada cual es punible en la medida en que haya consentido en asumir la respectiva responsabilidad penal y en forma completamente independiente de factores que puedan afectar la punibilidad de los demás. La idea de accesoriedad⁷⁹, en cualquiera de sus grados, parece ser un resabio de una asociación entre participación y responsabilidad indirecta. No se trata aquí de que algunos respondan por una acción "principal" de otro, que debe, en consecuencia, reunir ciertos requisitos; cada uno responde por su propia acción de tomar parte en la generación de cierto daño o peligro. Por supuesto que en la instigación debe haber otra acción, pero esto es sólo porque, por definición, sin ella no habría daño o peligro efectivo (presuponiendo que la ley no considere peligrosa la mera instigación frustrada). De este modo, algunas de las acciones que contribuyen a producir el hecho pueden estar justificadas (por ejemplo, por obrar ese agente en particular en ejercicio de un derecho personal) sin que lo estén las otras, o algunos de los agentes pueden no haber consentido en asumir responsabilidad penal (por ejemplo, por haber obrado por error de hecho o de derecho) sin que ello beneficie a los demás. Habría que hacer algunas aclaraciones referentes a las calidades y relaciones personales, pero ello nos apartaría mucho del plan general de esta exposición.

⁷⁹ Ver un análisis detallado de esta idea en F. Bockelmann, *Relaciones entre autoría y participación*, tr. C. Fontán Balestra, Bs. As., 1960.

F. UN BREVE COMENTARIO ACERCA DE LA RELACIÓN CAUSAL

Cuando expuse el principio de enantiotelidad sugerí que una acción no debería considerarse enantiotélica a pesar de haber provocado un resultado dañoso, si no provocó el daño a través de un procedimiento irrazonablemente peligroso. Las leyes penales no suelen estar dirigidas a prevenir toda producción de daños de una cierta clase, sino sólo los casos en que el daño se produce mediante procesos que se consideren, conforme a las reglas del debido cuidado, irrazonablemente peligrosos. Más aún, hay leyes penales que están destinadas a prevenir daños causados por *ciertas* formas peligrosas de actuar y no por otras, o que toman en cuenta una manera particular en que cierto procedimiento peligroso puede conducir a un resultado dañoso (por ejemplo, una ley que castiga específicamente el homicidio por envenenamiento podría no estar dirigida a prevenir el caso de quien coloca veneno en la copa de su víctima elegida, la que muere de un ataque cardíaco al probar el vino y darse cuenta de que contiene veneno).

Por otra parte, al exponer las consecuencias del principio de asunción de la pena, sostuve que un individuo no consiente en asumir la responsabilidad imputada a cierto resultado dañoso si ese resultado fue generado a través de un procedimiento peligroso del cual él no fue consciente, aunque el agente hubiere tratado de producir ese mismo resultado a través de otro procedimiento, peligroso o no.

Estas estipulaciones podrían ser innecesarias si se emplease un concepto de causalidad que arrojara substancialmente los mismos resultados; pero, como esto no está garantizado, las estipulaciones en cuestión sirven como

válvulas de seguridad, sin duda rudimentarias y por cierto poco novedosas⁸⁰, contra consecuencias indeseables que la exigencia de causalidad puede no filtrar adecuadamente.

No es mi propósito encarar aquí la ímproba tarea de refinar aquellas estipulaciones vinculadas con los principios de enantiotelidad y asunción de la pena, ni mucho menos contribuir a esclarecer la exasperante cuestión de qué concepto de causalidad es apropiado emplear en materia de responsabilidad penal. Sólo quiero decir algo acerca de las consideraciones que son relevantes para resolver estos problemas y sugerir cierta orientación general acerca de cómo encararlos. Para ello voy a seguir el camino indirecto de comentar las características salientes de la exposición más perspicaz, completa e informada que se ha hecho acerca del problema de la causalidad en el derecho: la que está contenida en el libro de Hart y Honoré *Causation in the Law*⁸¹, y evaluar una fuerte crítica que se ha dirigido recientemente contra algunos aspectos de esa misma exposición.

Hart y Honoré se proponen substancialmente analizar el concepto de causa, o mejor dicho *los* conceptos de causa (pues una de sus principales tesis es que hay varios, que son irreductibles entre sí) vigentes en el uso ordinario del lenguaje y en nuestros juicios de sentido común. Su idea es que tales nociones son razonablemente operativas para hacer las distinciones que se considera justo o apropiado tomar en cuenta en la atribución de responsabilidad, o por lo menos que son más operativas que las definiciones de "causa" que se han propuesto en contextos teóricos (incluido el de la teoría del delito continental). Creen también que, si bien las cuestiones de

⁸⁰ Por ejemplo, la teoría del "aumento del riesgo" de autores como Roxin no parece ser muy diferente del enfoque propuesto; ver el comentario crítico que formula Zaffaroni, ob. cit., p. 240.

⁸¹ Oxford, 1959.

responsabilidad no se agotan en establecer la aplicabilidad de algunas de las nociones ordinarias de causa, sino que hay que recurrir a consideraciones valorativas o pragmáticas, no es correcto pretender, como lo hace una corriente que ha tenido gran influencia, sobre todo, en los Estados Unidos, que la cuestión causal pueda ser sustituida por tales consideraciones, o que ella, en realidad, sólo encubra juicios de esa índole.

Los autores sostienen que los análisis filosóficos acerca del concepto de causa han arrojado poca luz sobre los problemas que interesan a los juristas; entre otras razones porque han descuidado el estudio de los juicios causales *particulares* que son relevantes en contextos jurídicos. Una notable excepción fue Mill. Este pensador recogió la idea de Hume de que los juicios causales particulares están conectados con generalizaciones acerca de regularidades entre eventos, o sea acerca de conjunciones constantes entre clases de acontecimientos; pero, a diferencia de Hume, Mill consideró que dicha conexión no es psicológica sino lógica. Cuando afirmamos que un hecho es causa de otro implicamos lógicamente que hay una conjunción constante entre la clase de hechos a la cual pertenece el primero y la clase de hechos a la que pertenece el segundo. Mill, a diferencia de Hume, puso énfasis en que la conjunción constante no se suele dar entre acontecimientos unitarios, sino entre complejos de hechos que son, en conjunto, suficientes para dar lugar al efecto, y cada uno de sus componentes es necesario para completar el mencionado complejo. Sostenía que, filosóficamente, no hay motivo para seleccionar uno de esos hechos como causa, sino que hay que considerar como tal todo el complejo que es condición suficiente del efecto (y no cada una de las condiciones necesarias, como se suele suponer que afirmó), pero advierte, sin embargo, que en nuestras afirmaciones de sentido común solemos seleccionar como causa uno de los

hechos que es necesario para completar una condición suficiente del efecto, y que hacemos esto en virtud de una variedad de propósitos y presupuestos contextuales. Mill también insistió en que procesos continuados y hechos negativos pueden ser causas. Asimismo, Mill se distinguió de Hume por advertir el fenómeno de la pluralidad de causas, o sea de la existencia de complejos de eventos que son alternativamente suficientes para dar lugar al efecto.

Hart y Honoré consideran que la de Mill fue una contribución substancial a la comprensión del concepto ordinario de causa, pero hacen notar también que adolece de serios errores, que intentan superar con su propio análisis. Uno de esos errores es el de no advertir que hay tres nociones irreductibles de causa en relación a la acción humana: el concepto central, que alude a la vinculación entre una actividad humana y un resultado físico de ella; el concepto que se emplea en relaciones interpersonales cuando se dice que alguien ha provocado que otro haga algo; y el concepto, también vinculado con relaciones interpersonales, que se usa cuando se afirma que alguien ha dado ocasión para que otro haga algo. Aquí sólo me voy a ocupar del concepto central que estos autores distinguen.

Hart y Honoré sostienen que el concepto central de causa que empleamos en nuestros juicios de sentido común se apoya en una extensión analógica de la situación relativamente simple en que producimos alteraciones en objetos manipulándolos directamente. De este modo, cuando se dice que la acción humana ha causado algún efecto, la idea subyacente es la de interferencia con el curso natural de las cosas que da lugar a una diferencia en la forma en que éstas se desarrollan. El sentido común distingue entre la causa de un evento y otras condiciones necesarias para que ocurra. Uno de los criterios funda-

mentales para ello es el de la *anormalidad* del acontecimiento que se tiene como causa. Por ejemplo, difícilmente se mencionaría la presencia de oxígeno como causa de un incendio, ya que tal presencia se considera normal; pero si se tratara de un incendio en un laboratorio en el que se hubieran tomado medidas para excluir el oxígeno, bien podría identificarse la causa del incendio con la presencia de oxígeno. Esto muestra que lo que es normal o anormal, y por lo tanto mera condición o causa del evento, depende del contexto. También la normalidad de un estado de cosas puede depender de prácticas, hábitos o expectativas acerca de lo que ciertos individuos deben hacer, como cuando decimos que la omisión del jardinero de regar las plantas fue la causa de que éstas murieran. Otro criterio fundamental para distinguir la causa de las demás condiciones necesarias de un evento puede ser la presencia de una *acción humana voluntaria* (en un sentido amplio). El sentido común identifica habitualmente la causa de un hecho con una acción voluntaria, cuando ésta interviene entre las distintas condiciones de tal hecho. Esto quiere decir que comúnmente la presencia de una acción voluntaria es la *meta* de la investigación causal, ya que se "salta" sobre hechos intermedios hasta llegar a ella, y es también el *límite* de tal investigación, puesto que se prescinde de considerar otros acontecimientos ulteriores que pueden haber condicionado tal acción voluntaria. Estos mismos criterios tienen la consecuencia de que cuando, en contextos ordinarios atribuimos responsabilidad por un hecho, no consideramos una acción voluntaria como causa de ese hecho si entre ella y el hecho de que se trata ha intervenido otra acción voluntaria o una combinación de acontecimientos independientes que constituyen una coincidencia anormal. Otro punto importante en el que Hart y Honoré insisten es que cuando se formulan juicios causales particulares de sentido común no se presuponen

generalizaciones acerca de una secuencia invariable e incondicionada entre clases de acontecimientos, como suponía Mill, sino generalizaciones formulables en términos muy amplios y poco específicos que permiten captar la diferencia entre el caso presente y otros casos distintos y que son por lo común extremadamente familiares y triviales. Esas generalizaciones, que difieren radicalmente de las leyes científicas, no son suficientes para predecir hechos, pero sí para explicarlos. Hart y Honoré también hacen notar que la idea de Mill de que el sentido común identifica como causa un miembro especial de la serie de condiciones que son necesarias para completar un conjunto suficiente para provocar el efecto, es esclarecedora, puesto que explica cómo las nociones de condición necesaria y condición suficiente intervienen en el concepto de causa. Esto significa que si bien la idea de necesidad es inherente al concepto de causa de sentido común, no siempre se puede identificar un factor causalmente relevante con una condición *sine qua non*, porque en la producción de un mismo hecho pudieron haber intervenido dos conjuntos de acontecimientos, cada uno de los cuales fuera aisladamente suficiente para producirlo, y el factor causalmente relevante sólo era necesario para completar uno de tales conjuntos.

Con esta caracterización del concepto ordinario de causa, que he simplificado exageradamente en la exposición anterior, Hart y Honoré analizan los criterios propuestos por jueces y juristas para resolver una variedad de problemas causales, tanto en el derecho penal como en el civil y tanto en la órbita jurídica anglosajona como en la continental. La idea general que surge de ese análisis es que las fórmulas tradicionalmente empleadas para resolver cuestiones de causalidad en el derecho encapsulan, generalmente bajo una cobertura de lenguaje metafórico, los criterios de sentido común, o cuando eso no

ocurre, se suelen completar esas fórmulas con excepciones y estipulaciones *ad hoc* para alcanzar los mismos resultados que arrojan los criterios ordinarios. Pero el objetivo central de Hart y Honoré es evaluar la corriente cada vez más difundida, sobre todo en los Estados Unidos pero también en otros países —incluidos los de tradición continental, donde algunas variantes de la teoría de la causalidad adecuada se orientan en ese sentido— de reemplazar la investigación sobre el vínculo causal por consideraciones valorativas y pragmáticas. En el enfoque tradicional se distinguía la cuestión de la imputación causal, como una cuestión puramente fáctica, de consideraciones valorativas adicionales de las que depende la atribución de responsabilidad. El nuevo enfoque pretende que, salvo, tal vez, por la mera determinación de que la conducta fue una condición *sine qua non* (a veces llamada “causa de hecho”), todo lo que hay para resolver son, y siempre lo fueron, cuestiones valorativas, proponiéndose, para encararlas, criterios como el de la previsibilidad, el del riesgo creado, el alcance o propósito de la norma, o prescribiéndose que los jueces tienen que basarse, en cada caso, en sus intuiciones acerca de lo justo y de lo injusto. Hart y Honoré discuten la idea de que el enfoque tradicional encubre como cuestión de hecho apreciaciones de índole valorativa. Sostienen que, si bien el concepto de causa de sentido común es vago y en su zona de penumbra no hay más remedio que recurrir a consideraciones axiológicas, los casos que caen bajo el ámbito central de aplicabilidad de ese concepto, que no se limita a la verificación de la *conditio sine qua non*, se resuelven sin acudir a apreciaciones valorativas (lo que no quiere decir, por supuesto, que no haya que acudir a tales apreciaciones para atribuir responsabilidad una vez que el vínculo causal quede establecido). En cuanto a la pretensión del enfoque moderno de reemplazar la determinación causal

por criterios vinculados con consideraciones valorativas, Hart y Honoré hacen notar la vaguedad e insuficiencia de tales criterios, cómo ellos presuponen, o cómo se recurre implícitamente en su aplicación a juicios causales basados en el concepto ordinario de causa, y las consecuencias indeseables que esos criterios suelen tener a veces si no se los limita acudiendo a consideraciones relativas al vínculo causal. En definitiva, estos autores sostienen que algunos de los criterios propugnados por el moderno enfoque pueden completar la determinación del vínculo causal, pero no suplirla.

Algunos aspectos cruciales de este desarrollo de Hart y Honoré fueron agudamente criticados por J. L. Mackie en un capítulo de su libro *The Cement of the Universe*⁸². Mackie objeta varias tesis de estos autores, como la de que hay más de un concepto de causa en el lenguaje ordinario o la de que los juicios causales particulares están inherentemente conectados con generalizaciones. Pero lo que interesa fundamentalmente aquí es su crítica a la opinión de Hart y Honoré acerca del enfoque jurídico moderno en materia causal. Estos autores sostienen que la distinción entre cuestión meramente causal y cuestión valorativa, que el enfoque moderno precluye, se ve claramente con este ejemplo: Una ley de Nueva York restringe la responsabilidad civil de quien ha provocado negligentemente un incendio que se extiende a las casas vecinas, sólo al daño ocasionado a la primera casa contigua y no al ocasionado en las casas siguientes. Cuando de acuerdo con el criterio seguido por esta ley, se dice que el agente no es responsable por el daño causado a la segunda casa, obviamente la decisión se funda en consideraciones valorativas y pragmáticas. En cambio, cuando se dice que el incendiario negligente no es responsable

⁸² Cap. 5, Oxford, 1974.

por el daño causado a la primera casa, porque el fuego que él inició se habría apagado si no hubiera sido por la intervención deliberada de un tercero que echó combustible sobre las brasas, es ésta una conclusión meramente fáctica. Sin embargo, Mackie objeta esta distinción, diciendo que cuando nuestro sentido común se niega a llamar "causa" a una condición necesaria que no hubiera producido el resultado sin la intervención voluntaria de un tercero, también toma en cuenta consideraciones valorativas y finalidades prácticas, aunque éstas sean más amplias, más fundamentales y más extendidas que las que operan en un caso como la restricción de responsabilidad adoptada por la ley de Nueva York. Tanto para los fines del reproche moral como para los de la prevención, es razonable, en una situación como la del ejemplo mencionado, concentrarse más en el segundo acto deliberado de echar combustible a las brasas que en el primer acto negligente de iniciar el incendio. El segundo acto es, por su carácter intencional, más reprochable que el primero, y es también más susceptible que el comportamiento negligente del primer agente de ser disuadido con medidas jurídicas. Un factor importante que apoya esta última conclusión es la posibilidad de reemplazar uno y otro acto: si el primero no se hubiera dado, habría sido relativamente fácil para el segundo actor reemplazar el resultado de aquél con un acto propio (encender un fósforo, por ejemplo); por eso, es natural que la ley elija, para prevenir futuros resultados dañosos, castigar aquellos actos que, sin ser condición suficiente del resultado, hubieran podido ser fácilmente suplementados para completar tal condición suficiente.

Otro ejemplo que Mackie propone para cuestionar el enfoque de Hart y Honoré, es el del caso en que se discute si la velocidad excesiva de un automóvil fue la causa de una colisión por el mero hecho de que, si el automóvil

hubiera sido conducido a menor velocidad no habría llegado en el momento crítico al lugar en que el accidente ocurrió. Aunque la excesiva velocidad fue una *conditio sine qua non* del resultado, los tribunales suelen concluir que no fue causa de él (con el argumento, entre otros, de que si hubiera ido a más velocidad todavía, el accidente tampoco se habría producido). Hart y Honoré apoyan esa conclusión (no en virtud del argumento alegado, pues lo que constituyó una condición necesaria no fue simplemente la velocidad excesiva sino ese cierto grado particular de velocidad excesiva), aduciendo que, si descomponemos en etapas la secuencia de eventos, no encontraremos que ella ejemplifique generalización alguna acerca de la conexión entre ir a velocidad excesiva y la ocurrencia de accidentes. Sin embargo, Mackie objeta esta conclusión haciendo notar que, si bien estos casos no ejemplifican una generalización acerca de la conexión entre velocidad excesiva y accidentes, cada uno de los tramos del curso de eventos ejemplifica generalizaciones acerca de otras conexiones: por ejemplo, la conexión entre estar en cierto lugar en un cierto tiempo, moverse a 100 km por hora y estar a 5 km de distancia 3 minutos después, y la conexión entre el encuentro de dos autos en cierta intersección y los daños inferidos a los autos y sus ocupantes. Mackie concluye que la forma razonable de encarar la cuestión y explicar por qué la velocidad excesiva no se considera causa relevante del accidente, es que el propósito de la ley que reprime el causar un accidente conduciendo a velocidad excesiva es prevenir aquellos casos en que los accidentes son causados, *en la forma directa y familiar*, por la velocidad excesiva, o sea, por ejemplo, cuando la velocidad excesiva ha hecho perder al conductor el control sobre su vehículo y la posibilidad de frenar a tiempo.

Creo que estas observaciones de Mackie son suma-

mente esclarecedoras. Muestran que consideraciones de índole pragmática y valorativa intervienen aún en el concepto ordinario de causa. Lo cual no es sorprendente, puesto que el concepto de causa de sentido común se emplea, como dicen Hart y Honoré, no sólo en contextos explicativos sino también en contextos de atribución de responsabilidad, y es de suponer que ese concepto haya ido moldeándose de acuerdo con juicios intuitivos acerca de cuando es justo o injusto, conveniente o inconducente, atribuir responsabilidad a alguien por este o aquel resultado. Si así no fuera, no sería clara la relevancia que, para atribuir responsabilidad moral o jurídica, tendría el establecer que alguien ha causado cierto resultado; habría que cuestionar si la determinación del vínculo causal entre la actividad del agente y cierto estado de cosas debería ser un antecedente necesario de la atribución de responsabilidad por ese estado de cosas. El decir que cierto resultado ha sido causado por la actividad de un determinado agente no establecería una "titularidad" del agente sobre ese resultado, si no fuera porque tal afirmación presupone estimaciones axiológicas y pragmáticas muy difundidas y fundamentales acerca de la justicia o conveniencia de imputar al agente los estados de cosas que guardan ciertas relaciones con su actividad corporal.

Esto no es sólo así en relación a los aspectos periféricos y más sofisticados del concepto ordinario de causa (por ejemplo, su no aplicabilidad a comportamientos que son suficientes para producir el resultado sólo cuando se combinan con una conjunción anormal de eventos), sino al mismo núcleo de tal concepto asociado con las ideas de condición necesaria y suficiente. Las razones valorativas y pragmáticas por las que estamos, en principio, tentados de identificar la acción que fue causa de un evento con una condición necesaria de él, son obvias y triviales, pero no

por eso menos influyentes. La idea es, por supuesto, que si mediante la atribución de responsabilidad por una acción así conectada con su resultado, prevenimos las acciones que son, similarmente, condiciones necesarias de eventos dañosos, precluiremos también la ocurrencia de tales eventos. También es evidente por qué esta identificación necesita inmediatamente ser calificada: porque ella nos llevaría a disuadir a la gente de realizar prácticamente cualquier acción, ya que cualquier conducta que realizamos podría ser condición necesaria de un daño. Es, asimismo, claro el fundamento valorativo y pragmático de nuestra propensión alternativa a identificar causa con condición suficiente: si no logramos disuadir a la gente de realizar acciones que, como aquella por la que responsabilizamos a alguien, sean condición suficiente de un cierto daño, no podremos impedir la ocurrencia de tal daño. También aquí es obvio por qué tenemos que relajar esta identificación: porque ella precluiría prácticamente toda disuasión, ya que las acciones humanas no suelen ser, por sí solas, condiciones suficientes de resultados dañosos. Son, por lo tanto, consideraciones valorativas y pragmáticas muy elementales las que hacen que nuestro sentido común exija que una acción sea algo más que una condición necesaria y algo menos que una condición suficiente de un resultado para concluir que esa acción fue la causa de ese resultado. Lo que se exige probablemente no pueda expresarse en una fórmula general, aunque tal vez sea aproximadamente correcto decir que se requiere que la acción sea condición suficiente del resultado tal como él ocurrió, cuando se combina con circunstancias normales del contexto en que la acción se da, con circunstancias anormales pero previsibles en la situación del agente, o con circunstancias que, de no haberse dado, el agente podría fácilmente sustituir (tal vez sea esto lo que se pre-

supone cuando se dice que la conducta debe constituir una forma de actuar irrazonablemente peligrosa)⁸³.

Pero lo importante es que, una vez que advertimos la dependencia de la imputación causal de consideraciones axiológicas y pragmáticas, pierde mucho de su importancia determinar si un requisito de responsabilidad se exige como parte de esa imputación o como condición independiente. En definitiva, lo que debe verificarse es que se hayan satisfecho los principios normativos básicos que gobiernan la adscripción de responsabilidad. Las exigencias para la imputación causal que derivan del concepto ordinario de causa sólo son aceptables en la medida en que reflejen las estipulaciones de tales principios normativos.

Esto no quiere decir, como tal vez pretende ingenuamente la corriente jurídica moderna que Hart y Honoré critican, que podamos prescindir del concepto de causa de sentido común. En primer lugar, ese concepto está tan en el trasfondo de nuestra forma espontánea de pensar acerca de problemas de responsabilidad y de los usos lingüísticos corrientes, que es ilusorio suponer que pueda

⁸³ El que haya razones valorativas y pragmáticas para imputar un estado de cosas al agente sólo cuando su conducta es condición suficiente del primero, en combinación con circunstancias normales, previsibles o fácilmente sustituibles por el agente, puede tal vez explicar por qué generalmente se limita la atribuibilidad de un resultado a una *omisión* del agente en los casos en que éste tenía un especial deber de actuar. Cuando no hay tal deber, la omisión del agente suele ser sólo una condición necesaria del resultado, y hacer a la gente responsable (aun moralmente) por los actos y omisiones que solamente son condiciones necesarias de ciertos daños, implicaría someterlos a una absoluta pasividad o compelerlos a una incesante actividad, lo que frustraría el derecho fundamental, de que los individuos gozan bajo una concepción liberal, de desarrollar su propio plan de vida. Creo que esto ha sido descuidado en el interesante alegato de J. Glover (*Causing Death and Saving Lives*, Harmondsworth, 1977) en contra de la doctrina que distingue entre actos y omisiones a los efectos de la responsabilidad moral. Ver mi réplica a Glover, *¿Da lo mismo omitir que actuar?*, LL, 1979-C-801.

ser descartado mediante un simple *fiat*. En segundo término, ese concepto encapsula, como vimos, intuiciones valorativas y pragmáticas fundamentales que, aun cuando deban examinarse críticamente, hay que tomar en cuenta en la elaboración de criterios para asignar responsabilidad. Lo que hay que hacer no es prescindir de la imputación causal, ni dar por sentado que una vez que se la ha establecido, de acuerdo con las exigencias del concepto ordinario de causa, podamos confiadamente atribuir el resultado al agente, sino evaluar si esas exigencias implícitas en el concepto de causa se ajustan a los principios que determinan la adscripción de responsabilidad, si es necesario modificar o abandonar algunas de ellas o si habrá que agregar algunas otras, ya como parte de una definición estipulativa de "causa" o como condición independiente de responsabilidad. Aunque la formulación de los principios básicos de una teoría para la adjudicación de responsabilidad penal pueda, por razones de simplicidad, emplear el concepto de causa, tales principios no deben presuponer la imputación causal, sino operar "a través" de ella.

G. CASOS DE JUSTIFICACIÓN

Hemos visto que el caso básico en el que una acción descripta como delito no es enantiotética, es decir está justificada, es aquel en el que la acción no causa el daño o no genera el peligro que la ley penal pertinente está destinada a prevenir. Hemos visto también que la propiedad de una acción de crear un riesgo irrazonable tiene una cierta prioridad, sobre su posible carácter dañoso, para determinar su enantiotelidad. Una conducta no es enantiotética a pesar de que cause un daño, si no puede afirmarse que ella, abstracción hecha de la producción del

daño, fue irrazonablemente peligrosa, de acuerdo con las normas que fijan el cuidado que debe ponerse y los riesgos que puedan razonablemente asumirse en distintas actividades. Finalmente, hemos visto que esta evaluación de la conducta es independiente de las actitudes subjetivas del agente. Aunque el agente quiera causar daño, su acción no es enantiotética, y no hay razón para penarlo dentro de un sistema jurídico que se desentienda de la evaluación moral de la personalidad de los individuos, si la acción es objetivamente correcta de acuerdo con las normas del debido cuidado y no produce la clase de riesgo o daño que el derecho está destinado a precaver.

Estas proposiciones fueron aplicadas ya para resolver casos como el de una operación quirúrgica. Mientras la operación se ajuste a las precauciones de la profesión médica, la acción del cirujano no es enantiotética, cualesquiera que sean las actitudes subjetivas del cirujano. Él podría desear la muerte del paciente y hasta podría creer incorrectamente que lo que hace es irrazonablemente peligroso; todo ello carecerá de importancia una vez que se establezca que el curso de la acción fue correcto y no podría habérselo frustrado legítimamente. Claro está que mientras la operación no sea irrazonablemente arriesgada, la conclusión sobre su justificabilidad no resultará afectada por la muerte del paciente o por el éxito quirúrgico. Si nos situamos en el caso normal en que el cirujano quiere salvar a su paciente y realiza la operación médicamente indicada y, pese a ello, el paciente muere, tendremos una situación exactamente opuesta a la de la tentativa. Esto permite aclarar el caso, ya mencionado al estudiar el tema de los motivos, de quien crea un daño a fin de prevenir otro mayor que se produce a pesar de todo: si el procedimiento adoptado fue necesario y generalmente eficaz para impedir el daño mayor, la conducta no será enantiotética a pesar de sus efectos netamente dañosos.

En teoría, un caso como el último podría también resolverse independientemente de las actitudes del agente; pero en la práctica estas actitudes podrían ser relevantes (como en el caso de la tentativa), no para premiar los buenos motivos del agente sino a fin de determinar la posible eficacia de la acción ejecutada para impedir el mal mayor. Es innecesario decir que, si la acción no se ajusta a las normas del debido cuidado o no es un medio necesario y generalmente eficaz de prevenir el mal mayor, la enantiotelidad queda establecida y las actitudes subjetivas del agente son relevantes para determinar su consentimiento.

Cuando una acción pudiera ser justificada, no porque no acarrea riesgo o causa el daño que la norma del derecho penal quiere prevenir, sino porque, aunque crea ese riesgo o irroga daño, ella es un medio necesario y eficaz para evitar un mal o peligro mayor, aparece aquí la dificultad de determinar el valor comparativo de los bienes que quedarían dañados o se pondrían en peligro si se actúa o se deja de actuar.

El principio de proporcionalidad entre enantiotelidad y pena establece un criterio para resolver esta dificultad. Hemos visto que este principio funciona de dos maneras: sirve de guía para la determinación del monto de la pena que debe imponerse, tanto en la legislación como en el juzgamiento, a una clase de acciones o a un acto particular; y nos permite inferir de la pena prescripta para ciertos delitos el grado de enantiotelidad que debe asignarse a las acciones en cuestión. Es esta última faceta del principio la que resulta relevante para este tema.

Cuando alguien está en la disyuntiva de cometer uno u otro de dos delitos mutuamente excluyentes, que agotan el curso de acción abierto al agente, su acción queda justificada si es aquella para la cual se prescribe menor penalidad. Estas situaciones son poco comunes, pero no im-

posibles. Por ejemplo, el Código Penal de la República Argentina declara punible, con penas de multa y de inhabilitación profesional temporal, la violación del secreto profesional (art. 156), pero también reprime con pena de prisión al funcionario público que no denuncie el delito que ha llegado a su conocimiento (art. 277, inc. 6º —texto ahora derogado—); como a los médicos que se desempeñan en un hospital se los considera funcionarios públicos, se ven frecuentemente en el dilema de revelar un secreto profesional o de silenciar la comisión de un delito. Hay diversas formas de encarar el problema para evitar el conflicto, que no conciernen a nuestro tema. Para él importa determinar que, si el conflicto se admite como real, la acción que resultaría justificada será la de revelar el secreto profesional, ya que es la que está sometida a menor penalidad (según la escala de gravedad de las penalidades establecida por el Código mismo), y, en consecuencia, el curso de la acción adoptado es el menos enantiotélico de las alternativas posibles⁸⁴. Si la ley atribuyó una penalidad más grave a cierta acción que la que prescribió para otra, es de presumir que la situación protegida por la primera disposición se consideró más valiosa que la protegida por la segunda, y en consecuencia, que cuando haya conflicto entre las dos normas habrá de darse prioridad a la primera.

No es muy frecuente que ambos cursos de acción alternativos constituyan delitos. Las situaciones normales que requieren evaluación de los diferentes bienes son aque-

⁸⁴ Salvo, claro está, que la acción reprimida con mayor pena fuera un medio para evitar, en el caso particular, males sociales mayores diferentes de los que la otra norma busca prevenir; en este caso esa acción estaría justificada por estado de necesidad. Ver el análisis de Soler, ob. cit., t. IV, p. 138 a 146, con el que, en general, estoy de acuerdo. Lo que justificaría la acción del médico que omite denunciar un delito en el que su paciente estuvo involucrado no es únicamente la preservación del secreto profesional, sino la preservación de la salud y la vida del paciente y de otros que en el futuro puedan encontrarse en circunstancias similares.

llas en que uno de los cursos de acción alternativos no llega a constituir delito, ya que consistiría en abstenerse de impedir un daño cuando el agente no está jurídicamente obligado a hacerlo. Estos son los casos de necesidad⁸⁵ en los que, por ejemplo, el agente se ve en la alternativa de sufrir hambre intensa o de sustraer algo para comer, de dejar que se expanda el fuego o de violar el domicilio ajeno, de interferir con la libertad de otro o dejarlo que se suicide, de impedir que un avión despegue o dejar que estalle una bomba dentro de él mientras vuela.

Para decidir si la acción es justificable podría ser relevante la razón por la cual el derecho no impone el deber de actuar en esos casos. Esa razón podría simplemente consistir en que esa situación no merece protección jurídica, en cuyo caso quedaría excluida la posibilidad de justificar el comportamiento. Pero la razón puede ser independiente de la protección del bien que sería dañado si el agente se abstiene de intervenir. Puede ocurrir que resulte innecesario establecer el deber de actuar (como en el caso de procurarse el sustento necesario para sobrevivir) o que imponer ese deber fuera una muestra de ilegítimo paternalismo, o que representara una carga excesiva para el individuo común, siendo preferible imponer ese deber sólo a algunas clases de personas. De ser así, el bien en cuestión podría ser aún objeto de protección jurídica y esto se manifestaría si el derecho impusiera penalidades en otros casos: tal vez en aquellos en los que el daño al bien lo causara alguien que no fuera su titular; o en los que se pena un acto positivo de dañar el bien, aunque no la omisión de preservarlo; o en los

⁸⁵ Los casos de necesidad aquí considerados son aquellos en los que se alega que el daño causado es menor que el prevenido; éstos son los casos que son relevantes para el tema de la justificación. Otros casos (por ejemplo, cuando ambos daños son equivalentes o el daño precavido habría sido menos grave que el daño realmente causado) podrían dar origen a excusas y han sido brevemente considerados en este capítulo (parágrafo A).

casos en que se imponen un deber de actuar y una penalidad por no hacerlo a individuos específicos, como funcionarios públicos, médicos, bomberos, etcétera. Creo que el grado de pena prescripto en esos casos es aún relevante para la justificabilidad de los casos en que una persona se vea en la disyuntiva de tener que dejar que ocurra un daño (hipótesis en la cual no se lo pena) o cometer un delito, a pesar de la diferencia entre uno y otro caso en cuanto a la punibilidad. La razón es que la pena prescripta para aquellos otros casos, aun cuando no sería aplicable a quien se abstuviera de salvar un bien si no tenía el deber jurídico de hacerlo, es un índice del valor que el derecho asigna al bien que protege, que debe compararse con el del bien que la persona lesiona al cometer el delito.

Pero difícilmente el problema del estado de necesidad pueda considerarse resuelto con la mera comparación del valor que el derecho asigna a diferentes bienes. Que esto resulta insatisfactorio puede mostrarse con este simple ejemplo: supongamos que ante la inminente muerte por insuficiencia renal de una persona y la no disponibilidad de dadores voluntarios para el trasplante de un riñón que le salvaría la vida (sin afectar substancialmente las perspectivas normales de vida del dador), sus familiares sometieran por la fuerza, o por cualquier otro medio, a la primera persona que encontraran para que se le extrajera uno de sus riñones. Como la vida es objeto de mayor protección jurídica que la integridad corporal y la libertad, debería concluirse, lo que es fantásticamente absurdo, que la conducta en cuestión está justificada⁸⁶.

La explicación de por qué ese resultado resulta inaceptable es fácil de ver. Cuando discutimos la justifi-

⁸⁶ Ver un análisis del problema que presentan estas situaciones en Malamud Goti, J. E., *Legítima defensa y estado de necesidad*, Bs. As., 1977, p. 61 y siguientes.

cación utilitarista de la pena, vimos que ella se enfrenta con la objeción de que a los individuos no se los puede sacrificar, sin su consentimiento, en beneficio de otros, aun cuando de ello resultara un beneficio mayor o un perjuicio menor para la sociedad en su conjunto que si el tal sacrificio no se impusiera. Vimos también que esta idea está expresada por el principio kantiano de que los hombres no pueden ser utilizados sólo como medios para fines distintos de los de ellos mismos. Concluimos que, en el caso de medidas coactivas no punitivas, una forma de obviar la objeción consistiría en suplirlas con una compensación adecuada, mientras que en el caso de la pena, no siendo posible recurrir a ese remedio, se exige necesariamente el consentimiento de asumir responsabilidad penal. Ahora bien, lo que vale para las medidas o actos llevados a cabo directamente por el Estado, vale también para los actos de particulares que el Estado permite realizar. Aunque la sociedad en su conjunto resulte beneficiada con la preservación de un bien mayor de un individuo a costa del sacrificio de un bien menor de otro, el Estado no puede permanecer indiferente ante esa utilización de ciertos individuos exclusivamente en provecho de otros e indirectamente en el de la sociedad en su conjunto.

Esta dificultad muestra que, no sólo para resolver cómo tratar el estado de necesidad, sino también para establecer la justificabilidad de ciertas penas particulares y para determinar la admisibilidad de otras supuestas causas de justificación (como el consentimiento del interesado), es necesario recurrir a una teoría general acerca de los bienes personales que tenga un alcance mucho más amplio y profundo que la mera provisión de una evaluación comparativa de ellos. Tal teoría debe necesariamente formar parte de una concepción de filosofía política y moral que provea principios acerca de la titularidad de ciertos bienes y acerca de las condiciones en que los in-

individuos pueden ser privados de ellos (ensayos recientes de filosofía política, como los de Rawls y Nozick —que se oponen entre sí en puntos cruciales— han contribuido substancialmente a esclarecer la cuestión).

Una teoría general de los bienes personales presumiblemente distinguirá entre estas clases de bienes: 1^o) bienes de los cuales los individuos nunca pueden ser privados, ni aun mediando su consentimiento (posiblemente una teoría liberal que se oponga a prácticas paternalistas, tenderá a reducir al máximo esta categoría); 2^o) bienes de los que los individuos pueden ser privados sólo con su consentimiento; 3^o) bienes de los que los individuos pueden ser privados sin su consentimiento, en beneficio del conjunto de la sociedad, siempre y cuando se les procure una compensación adecuada por esa privación; 4^o) bienes de los que los individuos pueden ser privados sin su consentimiento y sin compensación, si se demuestra que su sacrificio es necesario y eficaz para preservar un bien mayor. (Para que de la admisión de esta última categoría no resulte una violación directa del principio kantiano, la mencionada teoría general debería caracterizar la titularidad de los bienes que corresponden a ella como una especie de “posesión precaria” de la que los individuos gozan gracias al ordenamiento social y que se reconoce sólo en tanto y en cuanto no vaya en perjuicio de la sociedad en su conjunto.)

A diferencia de lo que ocurre con otras causas de justificación, la categoría 2^o de bienes no puede, obviamente, ser objeto del estado de necesidad (si la acción de sacrificar uno de esos bienes es justificable, lo será sobre la base del consentimiento del interesado o, como veremos más adelante, de la legítima defensa). Los bienes que pueden ser legítimamente sacrificados en un estado de necesidad son, por consiguiente, sólo los que correspon-

den, según la teoría general que se adopte, a las categorías 3^o y 4^o.

El hecho de que una acción realizada en estado de necesidad pueda ejercerse sobre bienes que sólo pueden ser sacrificados si se provee de una compensación adecuada a sus titulares, muestra una notoria deficiencia de la teoría del delito predominante en los países de tradición continental. Bajo la idea de la "unidad de la anti-juridicidad"⁸⁷, los juristas dogmáticos sostienen que si una acción está penalmente justificada, también lo estará civilmente y, por lo tanto, no podrá dar lugar a indemnización civil. Sin embargo, en los casos que acabamos de mencionar, la justificabilidad de una conducta delictuosa puede depender precisamente de que se provea a la víctima de una compensación adecuada. A menos que se piense que la propiedad es un bien que corresponde a la última de las categorías mencionadas, no hay, en principio, razón alguna para que, por ejemplo, quien rompe un vidrio de una casa vecina para impedir la propagación de un incendio a su propia casa, no deba indemnizar al propietario de aquélla por el daño causado⁸⁸. Una cuestión interesante que habría que decidir en estos casos es si la justificación penal debería estar condicionada a que la indemnización se haga efectiva, siendo punible el agente si no la satisface, o si, por el contrario, basta para la justificación de la conducta dañosa que la víctima tenga derecho a tal indemnización y tenga a su disposición la acción procesal correspondiente. En favor de la última solución está la circunstancia de que si la víctima no obtiene la

⁸⁷ Ver una crítica, por otras razones, de esta idea en Silving, Helen, *Elementos constitutivos del delito*, cit., p. 398.

⁸⁸ Obviamente esta conclusión no pretende tomar en cuenta la regulación de las normas civiles positivas, o su interpretación corriente, acerca de las condiciones en que procede la indemnización; en todo caso, los comentarios que se hacen más adelante pueden sugerir algunas ideas para evaluar tales normas y la forma en que ellas son interpretadas.

indemnización por el daño sufrido será, o porque no ha querido ejercer la acción pertinente, prestando, entonces, su consentimiento a experimentar un perjuicio que ha possibilitado la preservación de un bien mayor, o porque el agente es insolvente, caso en el cual no puede exigírsele que repare el daño causado para evitar un mal mayor.

Este último argumento está relacionado con un problema mucho más general y complejo que plantean los casos de estado de necesidad en que se sacrifican bienes de los que los individuos sólo pueden ser privados para preservar bienes más importantes si se los provee de compensación adecuada. Si el agente tiene que indemnizar plenamente el daño causado para preservar un bien mayor del que él es titular, esto implica que él terminará sufriendo todas las consecuencias gravosas de la situación de necesidad. Esto podría provocar la objeción de que, siendo el agente totalmente ajeno al hecho que dio origen al estado de necesidad, no hay razón para que recaigan únicamente sobre él sus consecuencias gravosas. Por supuesto que si el estado de necesidad fue generado por la acción de un tercero, será él quien deba indemnizar, en última instancia, el daño causado a la víctima de la acción necesitada. Pero si la situación de necesidad se origina en un hecho natural o accidental, existen las alternativas siguientes, cuya aceptabilidad dependerá de concepciones generales de filosofía social: una consiste en sostener que cada individuo debe cargar con los efectos gravosos de circunstancias accidentales que lo afectan directamente sin que los demás individuos o la sociedad en conjunto tengan obligación alguna de paliar tales efectos gravosos. Otra alternativa podría ser afirmar que los efectos gravosos de un hecho accidental deben ser soportados en conjunto por todos aquellos que sufran sus consecuencias directas o indirectas; la acción necesitada es, para quien ve sacrificado uno de sus bienes en beneficio de la

preservación de un bien mayor, también una consecuencia accidental de otro hecho accidental, y, por lo tanto, tiene él que compartir con el agente los efectos gravosos de esa secuencia de hechos (esto implicará que la compensación que la víctima tenga derecho a percibir no será más que parcial). Una tercera alternativa estaría constituida por una concepción más "solidarista" de la organización social, según la cual es la sociedad en su conjunto la que debe cargar con los resultados gravosos de hechos fortuitos que sufren sus miembros, debiendo el Estado proveer de compensación a la víctima de la acción necesitada, poniendo en práctica, por ejemplo, una especie de sistema de seguro colectivo.

Cuando el bien que se sacrifica es más valioso que el bien que se salva, o cuando ese sacrificio no era necesario o no era efectivo para preservar este último bien, desaparece la razón para admitir esta justificación, ya que ella está fundada en el beneficio que para la sociedad se sigue de preservar un bien más valioso a costa de otro menos importante cuando no hay otra forma menos gravosa de obtener ese mismo resultado. Obviamente, la situación de necesidad puede, en estos casos, determinar que la acción sea no atribuible al agente, como vimos en el párrafo A, lo que excluiría su punibilidad por aplicación del principio de asunción de la pena.

Muchos casos habitualmente considerados de legítima defensa constituyen también situaciones de estado de necesidad. Así ocurre, evidentemente, cuando la defensa contra un agresor conduce a sacrificar un bien menos valioso que el que él había puesto en peligro.

Sin embargo, no es de ningún modo irrelevante determinar que una situación de estado de necesidad configura un caso de legítima defensa. Esto es así porque cuando se dan ciertos presupuestos de la legítima defensa es aplicable una razón independiente de las consideracio-

nes antes mencionadas para permitir el sacrificio de un bien de un individuo en aras de la preservación de un bien de otro individuo.

Si el orden jurídico concede el derecho de sacrificar ciertos bienes cuando sea ello necesario y efectivo para preservar bienes más valiosos, tomando en cuenta consideraciones de prudencia racional en la protección social, el individuo que pone voluntaria y conscientemente en peligro un cierto bien, sabiendo que su acto tiene como consecuencia normativa necesaria la adscripción de ese derecho al titular del bien, consiente en perder la inmunidad de que gozaba en contra de actos que puedan afectar sus propios bienes. Esto es exactamente paralelo a lo que ocurre con la asunción de responsabilidad penal, y las condiciones para predicar consentimiento son las mismas en ambos casos.

Como en el caso de la pena, el consentimiento implicado en la situación de legítima defensa permite superar objeciones fundadas en la distribución de cargas o sacrificios que son necesarios para la protección social. La aplicabilidad del principio de distribución de acuerdo con el consentimiento hace posible prescindir de algunas de las exigencias que una teoría general acerca de los bienes personales impondría para la legitimidad de su sacrificio. A diferencia del estado de necesidad simple, la acción realizada en defensa contra un agresor que ha consentido en perder su inmunidad contra los ataques a sus bienes, está justificada aun cuando ella afecte bienes de los que los individuos no pueden ser privados sin su consentimiento o sin que se les provea de compensación adecuada. La existencia de consentimiento garantiza, obviamente, la disponibilidad de la primera categoría de bienes y hace inaplicable la exigencia de compensación respecto de bienes de la segunda clase. Los únicos bienes que no podrían ser legítimamente afectados por una acción defensiva, con

esta justificación, serían aquellos, si es que se reconoce alguno en el contexto de una teoría liberal, de los que los individuos no pueden ser privados ni aun consintiéndolo.

Pero la presencia de consentimiento por parte del agresor en la situación de legítima defensa permite ampliar los alcances de ésta más allá del estado de necesidad. Una persona que se ve agredida en uno de sus bienes de los que no puede ser privada sin su consentimiento no tiene, obviamente, por qué dejar que éste sea sacrificado por el hecho de que su preservación infligiría al agresor un mal mayor; de imponérsele tal sacrificio, la persona agredida sería utilizada como mero medio para minimizar males sociales.

Por otra parte, sería absurdo que se persiguiera la protección de la sociedad a expensas de quienes son víctimas de agresiones. Aquí están en conflicto dos derechos, *prima facie* el de la víctima y el del agresor, a no ser sacrificados en beneficio de otro. El mero hecho de haber originado antes o después el peligro a un bien ajeno parece ser normalmente irrelevante para determinar quién debe sufrir justificadamente el daño. Pero, en cambio, sí es absolutamente relevante el hecho de que alguno de ellos haya consentido en perder su inmunidad contra ataques a sus bienes. Esto permite justificar una acción defensiva, aun cuando ella exceda, hasta cierto punto, los límites del estado de necesidad, siempre y cuando constituya un medio necesario y eficaz para preservar el bien agredido y éste no tenga un valor insignificante en comparación con el que se sacrifica ⁸⁹.

⁸⁹ De este modo, la existencia de consentimiento por parte del agresor, la categoría a que corresponden los bienes que están en conflicto en el caso particular y su valor comparativo constituyen circunstancias relevantes para la justificación de una acción defensiva. Si los bienes de agresor y víctima son aquellos de los que los individuos no pueden ser privados sin su consentimiento, el hecho de que el agresor haya consentido perder la inmunidad jurídica contra ataques a sus bienes hace prevalecer el bien de la víctima

Por cierto que esta fundamentación de la legítima defensa excluye de su ámbito los casos en que el agresor sea un incapaz, su acción sea involuntaria o no le sea atribuible, o haya obrado por error no negligente. En estos casos sólo es aplicable la justificación por estado de necesidad con todas sus exigencias específicas, como la de que el mal que se preserva sea mayor y la de que se provea de compensación adecuada si ella corresponde (aunque en estos casos, siendo quien ha sufrido el daño el afectado directo por el hecho accidental que ha desencadenado la situación de necesidad —o sea su incapacidad, la circunstancia que hace a su acción involuntaria o no atribuible o su error no culpable— los alcances de la compensación pueden discutirse de acuerdo con las concepciones precedentemente indicadas). Si las exigencias de la justificación por estado de necesidad no se cumplen —por ejemplo, si hay que dar muerte a un enfermo mental para impedir ser uno mismo herido—, la acción sólo resultará impune por aplicación del principio de asunción de la pena si ella no es atribuible al agente ⁹⁰.

aunque éste tenga un valor comparativamente menor que el bien del agresor que se sacrifica. En cambio, si este último bien corresponde a esta categoría mientras que el de la víctima de la agresión es un bien que puede ser sacrificado proveyendo de compensación adecuada, puede argüirse que, si el bien que la acción defensiva tiende a preservar es menos valioso que el bien del agresor que se sacrifica, la víctima no tiene un derecho *prima facie* a defender a tal costo aquel bien y, en consecuencia, el agresor no pierde su inmunidad jurídica contra ataques a su bien más valioso (por lo que no consiente en perder tal inmunidad).

⁹⁰ En contra de esta solución se pronuncia G. P. Fletcher en su muy lúcido artículo *La proporcionalidad en la defensa y el agresor psicótico; una viñeta en la teoría penal comparada* (tr. J. Malamud Goti, en "Doctrina penal", n° 0, jul.-dic. 1977). Uno de los aspectos más interesantes de este trabajo consiste en la vinculación que hace de la no admisibilidad de la legítima defensa contra el agresor psicótico con la regla de proporcionalidad en la defensa. Es curioso, sin embargo, que mientras Fletcher rechaza como contra-intuitiva la primera posición —puesto que ella implica que es ilegítimo ayudar a la víctima de la agresión del loco— no haga jugar sus intuiciones para rechazar la negación de la segunda posición, que lleva a admitir

Un punto de cierta importancia que debe mencionarse en relación a la legítima defensa es que, si el agresor es punible, el mal que ha sufrido como resultado de la acción defensiva debería computarse, como lo sugiere Nozick⁹¹, para disminuir o excluir la pena. Ese mal puede ser suficiente, por sí mismo o combinado con una pena disminuida, para las necesidades de prevención, e imponer una privación mayor podría no estar justificado sobre la base de la protección social. Esto quiere decir que, si bien la acción defensiva no está justificada, como algunas veces se ha propuesto⁹² como una medida punitiva, ella puede tener los efectos de una pena.

Es conveniente aclarar que el hecho de que la legítima defensa deba suponer consentimiento por parte del agresor, no contradice la tesis de que la enantiotelidad objetiva de una acción, independientemente de las actitudes subjetivas con que se ejecuta, fundamenta el derecho de impedir físicamente su comisión. Una cosa es la conducta que consiste meramente en *impedir* que se realice una acción enantiotélica y otra muy distinta es la de causar daño al agresor, aunque sea ello necesario para impedir su acción.

Será tal vez innecesario repetir que el estado de necesidad y la legítima defensa, así como la mera inocuidad de la acción, el consentimiento de la víctima y el

que alguien mate si ello es necesario para evitar una burla. A mí me choca más esta consecuencia que la anterior; no me parece particularmente contraintuitivo concluir que tanto la agresión del loco como la defensa del atacado que produce un mal mayor al que sufriría son acciones ilícitas (aunque no atribuibles), y que un tercero que tomara partido en favor de uno de ellos, en lugar de limitarse a intentar impedir ambas acciones (por ejemplo, separando a los contendientes) no actuaría justificadamente. Ver mi respuesta a Fletcher en *La fundamentación de la legítima defensa*, en "Doctrina Penal", 1979, nº 6.

⁹¹ En ob. cit., p. 63.

⁹² Ver el comentario de Zaffaroni sobre estas concepciones en ob. cit., p. 465.

ejercicio de un derecho, justifican la respectiva acción con independencia de los motivos, intenciones y creencias del agente. Esta conclusión está impuesta, como se dijo más de una vez, por la concepción liberal, según la cual el derecho penal no va dirigido a prevenir actitudes subjetivas indignas que puedan implicar una autodegradación moral del agente, sino situaciones socialmente indeseables. El que previene sin saberlo un mal mayor o repele sin querer una agresión, no da lugar a una situación indeseable que el derecho trate de prevenir, cualquiera que sea el efecto que su acción produzca sobre el valor de su carácter moral.

BIBLIOGRAFÍA

- Alchourrón, C. E. y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bs. As., Astrea, 1975.
- Anscombe, G. E. M., *Intention*, 2ª ed., Oxford, 1973.
- Armstrong, K. B., *The Retributivist Hits Back*, en Acton H. B., ed., "The Philosophy of Punishment", Londres, 1973.
- Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres, 1955.
- Austin, J. L., *Is and Cans*, en "Proceedings of the British Academy", 1956.
- Bacigalupo, E., *Fundamentación del concepto de tipo penal en la dogmática argentina*, comunicación a las Jornadas Internacionales de Derecho Penal, organizadas por la Universidad de Belgrano, Bs. As., 1971.
- *Insolencia y delito*, Bs. As., 1970.
- *Lineamientos de la teoría del delito*, Bs. As., Astrea, 1974.
- Bacqué, J. A. y Nino, C. S., *Lesiones y retórica. El problema de la ciencia del derecho y la ideología jurídica a propósito de las lesiones simultáneamente calificadas y atenuadas*, LL, 126-966.
- Baier, K., *The Moral Point of View*, Nueva York, 1965.
- Beling, E. von, *Die Lehre vom Tatbestand*, Tübingen, 1930 (*La doctrina del delito-tipo*, tr. S. Soler, Bs. As., 1944).
- *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906.
- *Grundzüge des Strafrechts Lehre*, Tübingen, 1930 (*Esquema de derecho penal*, tr. S. Soler, Bs. As., 1944).
- Bentham, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Nueva York, 1948.
- Berlin, I., *Four Essays on Liberty*, Oxford, 1969.
- *Two Concepts of Liberty*, en Quinton, A. ed., "Political Philosophy", Oxford, 1967.
- Binding, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1916.
- Bobbio, N., *El problema del positivismo jurídico*, tr. G. R. Carrió, Bs. As.
- Bockelmann, P., *Relaciones entre autoría y participación*, tr. C. Fontán Balestra, Bs. As., 1960.
- Bouzat, P., *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris, 1963.
- Buygin, E., *La naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Bs. As., 1961.
- *Omnipotencia, omnisciencia y libertad*, en "Crítica", México, vol. X, nº 28, abril 1978.
- Carnap, R., *La fundamentación lógica de la física*, Bs. As., 1969.
- Carrara, F., *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, 1869 (*Programa de derecho criminal*, tr. J. J. Ortega Torres, Bogotá, 1972).

- Carrió, G. R., *El concepto de deber jurídico*, Bs. As., 1972.
 — *Los límites del lenguaje normativo*, Bs. As., Astrea, 1973.
 — *Notas sobre derecho y lenguaje*, Bs. As., 1965.
 — *Sobre las creencias de los juristas y la ciencia del derecho*, en "Lecciones y ensayos", Bs. As., nº 6, 1959.
 Cohen, B., *Three Ethical Fallacies*, en "Mind", vol. LXXXVI, nº 341, enero 1977.
 Collinson, D., *The Free Will Problem*, Bletchley, 1973.
 Córdoba Roda, J., *Una nueva concepción del delito*, Barcelona, 1959.
 Cross, R., *Introduction to Criminal Law*, act. por a P. A. Jones y R. I. Card, Londres, 1976.
 D'Arcy, E., *Human Acts*, Oxford, 1966.
 Davidson, D., *Actions. Reasons, and Causes*, en "Journal of Philosophy", vol. 60 (1963).
 — *Agency*, en Binkley, Bronaugh y Marras, eds., "Agent, Action and Reason", Toronto, 1971.
 Denning, A. T., *The Changing Law*, Londres, 1953.
 Devlin, P., *The Enforcement of Morals*, Londres, 1965.
 Dehna, A., Graf zu, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, Bonn, 1941 (*La estructura de la teoría del delito*, tr. C. Fontán Balestra, Bs. As. 1958).
 — *La ilicitud*, tr. F. Ballvé, México, 1959.
 Dworkin, G., *Paternalism*, en Wasserstrom, R., ed., "Morality and the Law", Belmont, Cal., 1971.
 Dworkin, R., *Lord Devlin and the Enforcement of Morals*, en "Yale Law Journal", vol. 75, p. 986.
 — *Hard Cases*, en "Harvard Law Review", vol. 88, nº 6, p. 1057.
 — *The Original Position*, en Daniels, N., ed., "Reading Rawls", Oxford, 1975.
 Eser, E., *Justification and Excuse*, en "The American Journal of Comparative Law", 1976, vol. 24, nº 4.
 Feinberg, J., *Doing and Deserving*, Princeton, 1970.
 Feuerbach, Anselm von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1847.
 Finnis, J., *Punishment and Pedagogy*, en "Oxford Review", nº 5 (1967).
 — *The Restoration of Retribution*, en "Analysis", vol. 32, nº 4 (1972).
 Fitzgerald, P. J., *Voluntary and Involuntary Acts*, en Guest, A. G., ed., "Oxford Essays in Jurisprudence", Oxford, 1961.
 Fletcher, G. P., *La proporcionalidad en la defensa y el agresor psicótico; una viñeta en la teoría penal comparada*, tr. J. Malamud Goti, en "Doctrina penal", Bs. As., jul.-dic. 1977.
 — *The Right Deed for the Wrong Reason. A Reply to Mr. Robinson*, en "UCLA Law Review", vol. 23, p. 293.
 Flew, A., *The Justification of Punishment*, en Acton, H. B., ed., "The Philosophy of Punishment", Londres, 1973.
 Foley, R., *Compatibilism*, en "Mind", vol. LXXXVII, nº 374, julio 1978.
 Frank, R., *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen, 1907 (*Estructura del concepto de culpabilidad*, tr. S. Soler, Santiago, 1966).
 Frankena, W. K., *The Naturalistic Fallacy*, en Foot, Ph. ed., "Theories of Ethics", Oxford, 1967.

- Frankfurt, H. G., *Coercion and Moral Responsibility*, en Honderich, T., ed., "Essays on Freedom of Action", Londres, 1973.
- Fuller, Lon, *El caso de los exploradores de cavernas*, tr. G. R. Carrió y L. Nilus, Bs. As., 1961.
- Gallas, W., *La teoría del delito en su momento actual*, tr. J. Córdoba Roda, Barcelona, 1959.
- Garzón Valdés, E. F., *Derecho y naturaleza de las cosas*, Córdoba, 1971, 2 vols.
- Garzón Valdés, E. F., Nino, C. S., Spolansky, N. E. y Urquijo, M. E., *El concepto de acción en el derecho*, Bs. As., inédito.
- Gauthier, D., *Practical Reasoning*, Oxford, 1963.
- Gert, B., *The Moral Rules*, Nueva York, 1973.
- Gimbernat Ordeig, E., *El sistema de derecho penal en la actualidad*, en Jornadas Internacionales de Derecho Penal Argentino, "Actas, relatos, ponencias y conclusiones", Bs. As., 1973.
- *Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal*, Salamanca, 1971.
- Glover, J., *Causing Death and Saving Lives*, Harmondsworth, 1977.
- *Responsibility*, Londres, 1970.
- Goldman, A *Theory of Human Action*, Princeton, 1970.
- Goldschmidt, J., *Der Notstand, ein Schuldproblem*, Viena, 1913 (*La concepción normativa de la culpabilidad*, tr. R. Núñez, Bs. As., 1944).
- González Vicén, F., *Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo*, en "Anuario de Filosofía del Derecho", Madrid, 1966.
- Greenwalt, K., *Policy, Rights and Judicial Decisions*, en "Georgia Law Review", vol. 11, nº 5, sept. 1977.
- Hacker, P., *Sanction Theories of Duty*, en Simpson, A. W. B. ed., "Oxford Essays in Jurisprudence", Oxford, 1972.
- Hall, A., *Excluders*, en Caton, Ch. E., ed., "Philosophy and Ordinary Language", Illinois, 1963.
- Hall, J., *General Principles of Criminal Law*, Indianápolis, 1947.
- *Justification and Excuse*, en "The American Journal of Comparative Law", vol. 24, nº 4, 1976.
- Hart, H. L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., 1962.
- *El concepto de derecho*, tr. G. R. Carrió, Bs. As., 1963.
- *Law, Liberty and Morality*, Oxford, 1963.
- *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1968.
- *The Ascription of Responsibility and Rights*, en Flew, A., ed., "Essays on Logic and Language", Oxford, 1963.
- *The Morality of the Criminal Law*, Jerusalén, 1963.
- Hart, H. L. A. y Honoré, A. M., *Causation in the Law*, Oxford, 1959.
- Hart, H. M., *The Aims of the Criminal Law*, en "Law and Contemporary Problems", 23 (1958), II, A. 4.
- Heck, Ph., *The Formation of Concepts and the Jurisprudence of Interests*, Cambridge, Mass., 1948.
- *The Jurisprudence of Interests. An Outline*, Cambridge, Mass., 1948.
- Holmes, O. W., *The Common Law*, Boston, 1963.
- Honderich, T., *Punishment, the Supposed Justifications*, Londres, 1969.
- Honoré, A. M., *Causation and Remoteness of Damage*, en "International

- Encyclopaedia of Comparative Law", Tübingen-Paris-Nueva York, 1969.
- *Social Justice*, en Summers, R. S., ed., "Essays in Legal Philosophy", Oxford, 1971.
- Hospers, J., *Human Conduct*, Nueva York, 1972.
- *Introduction to Philosophical Analysis*, Englewood Cliffs, 1953.
- Hughes, G., *Morals and the Criminal Law*, en Summers, R. S., ed., "Essays in Legal Philosophy", Oxford, 1971.
- Ihering, R. von, *Das Schuldmoment in römischen Privatrecht*, en "Fest. Gies-sen", Rotterdam, 1867.
- *Geist des römischen Rechts (El espíritu del derecho romano, t. F. Vela, Bs. As., 1947)*.
- Jiménez de Asúa, L., *Tratado de derecho penal*, Bs. As., 1950, 8 vols.
- Jones, P. A., y Card, R. I., *Cross and Jones' Introduction to Criminal Law*, 8ª ed., Londres, 1976.
- Kant, I., *Philosophy of Law*, tr. W. Hastie, Edimburgo, 1887.
- Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, Nueva York, 1945.
- *Théorie pure du droit*, tr. de la 2ª ed. alemana, Ch. Eisenmann, París, 1962.
- Kenny, A., *Freedom, Spontaneity and Indifference*, en Honderich, T., ed., "Essays on Freedom of Action", Londres, 1973.
- *Will, Power and Freedom*, Oxford, 1975.
- Kneale, W., *The Responsibility of Criminals*, en Acton, H. B., ed., "The Phi-losophy of Punishment", Londres, 1973.
- Listz, F. von, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 26ª ed., Berlín-Leipzig, 1932.
- Louch, A. R., *Sins and Crimes*, en "Philosophy", vol. 43 (1968).
- Lucas, J. R., *The Freedom of the Will*, Oxford, 1970.
- Llambías, J. J., *Tratado de derecho civil*, Bs. As., 1978.
- Mabbott, J. D., *Profesor Flew on Punishment*, en Acton, H. B. ed., "The Philosophy of Punishment", Londres, 1973.
- *Punishment*, en Acton, H. M., ed., "The Philosophy of Punishment", Londres, 1973.
- MacCallum, G. C. Jr., *Legislative Intent*, en Summers, R. S., ed., "Essays in Legal Philosophy", Oxford, 1971.
- MacCormick, D. N., *Legal Obligation on the Imperative Fallacy*, en Simp-son, A. W. B., ed., "Oxford Essays in Jurisprudence", Oxford, 1972.
- MacIntyre, A. C., *The Antecedents of Action*, en Williams y Montefiore, eds., "British Analytical Philosophy", Londres, 1963.
- Mackie, J. L., *The Cement of the Universe; A Study of Causation*, Oxford, 1974.
- *The Grounds of Responsibility*, en Hacker, P. M. S. y Raz, J., eds., "Essays in Honour of H. L. A. Hart", Oxford, 1977.
- Malamud Goti, J. E., *Legítima defensa y estado de necesidad*, Bs. As., 1977.
- Maurach, R., *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*, 3ª ed., Karlsruhe, 1965 (*Tratado de derecho penal*, tr. J. Córdoba Roda, Bar-celona, 1962, 2 vols.).
- Mayer, M. E., *Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts*, Heildelberg, 1923.
- *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903.
- Melden, O. I., *Action*, en "Philosophical Review", LXV (1956).
- Mezger, E., *Lehrbuch des Strafrechts*, Munich, 1949.

- Mill, J. S., *Three Essays*, Oxford, 1975.
- Mitchell, B., *Law, Morality and Religion in a Secular Society*, Oxford, 1967.
- Moore, G. E., *Ethics*, Oxford, 1966.
- Morris, H., *Punishment for Thoughts*, en Summers, R. S., ed., "Essays in Legal Philosophy", Oxford, 1971.
- Mundle, C. W. K., *Punishment and Desert*, en Acton, H. B., ed., "The Philosophy of Punishment", Londres, 1973.
- Nagel, T., *The Possibility of Altruism*, Oxford, 1970.
- Nikel, J. W., *Dworkin on the Nature and Consequences of Rights*, en "Georgia Law Review", vol. 11, nº 5, set. 1977.
- Nino, C. S., *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, Carabobo, en prensa.
- *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, 1974.
- *¿Da lo mismo omitir que actuar? Acerca de la valoración moral de los delitos por omisión*, LL, 1979-C-801.
- *Dworkin and Legal Positivism*, por publicarse en "Mind", octubre de 1980.
- *¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de "las acciones privadas de los hombres"*, LL, 1979-D-743.
- *Efectos del ilícito civil*, en "Lecciones y Ensayos", Bs. As., nº 32, 1966.
- *La definición de "delito"*, en "Notas de filosofía del derecho", Bs. As., nº V, 1969.
- *La fundamentación de la legítima defensa*, en "Doctrina Penal", 1979, nº 6.
- *La pequeña historia del dolo y el tipo*, LL, 148-1063.
- *Notas de introducción al derecho*, Bs. As., Astrea, 1973-1975, 4 vols. (2ª ed. *Introducción al análisis del derecho*, Bs. As., Astrea, 1980).
- *Some Confusions Around Kelsen's Concept of Validity*, en "Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie", Band LXIV/3 (1978).
- Nowak, L., *De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique*, en "Logique et analyse", nº 12, 1964.
- Nozick, R., *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, 1974.
- *Coercion*, en Laslett, P., Runciman, W. G. y Skinner, O., eds., "Philosophy, Politics and Society", Oxford, 1972.
- Núñez, R. C., *Derecho penal argentino*, Bs. As., 1959.
- Parfit, D., *Later Selves and Moral Principles*, en Montefiore, A., ed., "Philosophy and Personal Relations", Londres, 1973.
- Platon, *Protagoras*, tr. B. Jowett, Oxford, 1953.
- Popper, K., *La lógica de la investigación científica*, tr. U. Sánchez de Zavala, Madrid, 1967.
- Quinton, A. M., *On Punishment*, en Acton, H. B., ed., "The Philosophy of Punishment", Londres, 1973.
- Rabossi, E., *La justificación moral del castigo*, Bs. As., Astrea, 1976.
- Ramos Mejía E., *Las estructuras lógico-objetivas en el derecho penal*, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", Bs. As., nº 4, oct.-dic. 1976.
- Ranieri, S., *Manuale di diritto penale*, 3ª ed., Padua, 1956.
- Rawls, J., *A Kantian Concept of Equality*, en 96 "Cambridge Review" 94, 1975.
- *A Theory of Justice*, Oxford, 1971.
- *Two Concepts of Rules*, en "Philosophical Review", vol. 64 (1955).
- Rayfield, D., *Action. An Analysis of the Concept*, La Haya, 1972.

- Raz, J., *Kelsen's Theory of the Basic Norm*, en "American Journal of Jurisprudence", vol. 19 (1974).
- *On the Functions of the Law*, en Simpson, A. W. B., ed., "Oxford Essays on Jurisprudence", Oxford, 1972.
- *Practical Reasons and Norms*, Londres, 1975.
- *Principles of Equality*, en "Mind", vol. LXXXVII, nº 347, julio 1978.
- *The Concept of a Legal System*, Oxford, 1970.
- Rescher, N., *Distributive Justice*, Nueva York, 1966.
- Richards, D. J., *A Theory of Reasons for Action*, Oxford, 1971.
- Robinson, F. M., *A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability*, en "UCLA Law Review", vol. 23, p. 266.
- Ross, A., *On Guilt, Responsibility and Punishment*, Londres, 1975.
- Rostow, D., *The Enforcement of Morals*, en "Cambridge Law Journal", 1960.
- Roxin, C., *Política criminal y sistema de derecho penal*, Barcelona, 1972.
- Ryle, G., *The Concept of Mind*, Londres, 1949.
- Sauer, W., *Allgemeine Strafrechts Lehre*, Berlín, 1955 (*Derecho penal. Parte general*, tr. J. del Rosal y J. Cerezo Mir, Barcelona, 1956).
- Schweikert, *Die Wandlungen der Tatbestandlehre seit Beling*, Karlsruhe, 1957.
- Searle, J., *Speech Acts*, Cambridge, 1969.
- Silving, H., *Elementos constitutivos del delito*, tr. G. R. Carrió, Puerto Rico, 1977.
- Smith, J. C. y Hogan, B., *Criminal Law*, 3ª ed., Londres, 1973.
- Soler, S., *Derecho penal argentino*, Bs. As., 1940, 5 vols.
- *Estructuras objetivas y figuras jurídicas*, en "Derecho Comparado", Bs As., nº 1, 1977.
- *La interpretación de la ley*, Barcelona, 1962.
- Spolansky, N. E., *Culpabilidad, la responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y la de sus directivos en el régimen penal cambiario*, LL, 1978-D-231.
- *Derecho penal y Constitución Nacional*, LL, 156-1406.
- *Error, dolo y condiciones negativas del tipo penal*, LL, 150-252.
- *Imputabilidad disminuida, penas y medidas de seguridad*, LL, 1978-C-762.
- *Imputabilidad y comprensión de la criminalidad*, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", Bs. As., nº 1, p. 95.
- Stephen, J. F., *A Digest of the Criminal Law*, Londres, 1877.
- Strawson, P. F., *Freedom and Resentment, and Other Essays*, Londres, 1974.
- Taylor, R., *Determinism*, en Edwards, P., ed., "Encyclopedia of Philosophy", Nueva York, 1967, vols. 1 y 2, p. 361 y ss.
- Turner, J. W. C., *The Mental Element in Crimes at Common Law*, en Radzinowicz, L. y Turner, J. W. C., eds., "The Modern Approach to Criminal Law", Londres, 1945.
- Urmson, J. C., *The Emotive Theory of Ethics*, Londres, 1968.
- Warnock, G. J., *Freedom and the Will*, Londres, 1963.
- *The Object of Morality*, Londres, 1971.
- Wasserstrom, R., *Negligence and the General Problem of Criminal Responsibility*, en "Yale Law Journal", vol. 81, 949 (1972).
- *The Judicial Decision*, Stanford, 1972.
- Wasserstrom, R. A., ed., *Morality and the Law*, California, 1971.
- Weber, H. von, *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, Jena, 1935.
- Welzel, H., *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Berlín, 1957 (*El nuevo*

- sistema de derecho penal*, tr. J. Cerezo Mir, Barcelona, 1964).
- *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1951 (*Derecho natural y justicia material*, tr. F. González Vicén, Madrid, 1957).
- *Naturrecht und Rechtspositivismus*, en "Fest. für Niedermeyer", Göttingen, 1953 (*Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, tr. E. Garzón Valdés, Córdoba, 1962).
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10ª ed., Berlín, 1967 (*Derecho penal. Parte general*, tr. C. Fontán Balestra y E. Friker, Bs. As., 1956).
- Williams, B., *Morality*, Cambridge, 1972.
- Williams, G., *Criminal Law. Attempting the Impossible (Case and Comment)*, en "The Cambridge Law Journal", 1974.
- *Criminal Law. The General Part*, 1961.
- *The Mental Element in Crime*, Jerusalén, 1965.
- Wittgenstein, L., *Philosophical Investigations*, tr. G. E. M. Anscombe, Oxford, 1968.
- Wootton, B., *Crime and the Criminal Law*, Londres, 1963.
- *Social Science and Social Pathology*, Londres, 1959.
- Wright, G. H. von, *Norm and Action*, Londres, 1963.
- Zaffaroni, E. R., *Teoría del delito*, Bs. As., 1973.
- Zimmerl, L., *Zur Lehre vom Tatbestand*, Breslau, 1928.

ÍNDICE DE AUTORES Y TEMAS

Los números remiten a las páginas

A

- aberratio ictus*: 127, 405, 406.
abolicionistas: 215.
accesoriedad: 456.
acción, descripción de la: 352, 353, 360, 392.
 enantiotelidad de la, 421.
 inocuidad de la: 328.
 voluntaria: 351, 358.
acciones enantiotéticas: 325.
 inocuas: 339.
 prevención de las: 309.
 predecibilidad de las: 366.
 privadas: 290.
 punibles y acciones que se trata de precaver: 304.
 realizadas por hábito: 356.
 y movimientos corporales: 368.
actitud de asumir el riesgo: 394.
actitudes reactivas: 374.
 subjetivas: 298, 300, 471.
actos autodegradantes
 de voluntad: 358.
 negligentes: 425.
 diferentes clases: 425.
 preparatorios: 437.
 punibles: 306.
 supererogatorios: 284, 361.
actus reus: 107, 147, 176, 191.
 y tipo: 108.
adscriptivismo: 355.
agente, actitudes subjetivas del: 471.
 conocimiento del: 392.
 creencias del: 393.
 razonamiento práctico del: 406.
agentes, pluralidad: 450.
agresor incapaz, 483.
"Ahlers": 156, 157.
Alchourrón y Bulygin: 2, 10, 12, 13.
"Alphacell": 182, 188.
"Allen v. Westley": 170.
amenazas y ofertas: 240.
Anscombe, E. M.: 352, 390.
antijuridicidad: 46, 53, 99, 326, 328.
 como criterio para circunscribir el tipo: 114.
 conocimiento de la: 5, 6, 86.
 enfoque objetivo: 49.
 unidad de la: 478.
aplicación teleológica del derecho penal: 311 y ss.
 desventajas pragmáticas de la: 320.
argumentos acerca de políticas: 25.
 acerca de principios: 25.
Armstrong, K. G.: 215, 266.
articulación consistente del derecho positivo: 21, 84.
"Ashman": 116.
asunción del riesgo: 230.
atribuibilidad: 359, 360.
Aubry: 66.
Austin, John: 5, 6, 15.

Austin, J. L.: 373.
 autodegradación moral: 284.
 autor: 454.
 mediato: 454.

B

Bacigalupo, E.: 95, 113, 336, 431.
 Bacqué, J. A.: 2.
 Baier, Kurt: 18.
 "Bailey": 165.
 "Banco de Santander": 416.
 "Barnes and Richards": 139.
 "Barronet and Allain": 165.
 base normativa de la teoría: 349.
 Beling, Ernst von: 38, 40, 46, 48, 59,
 62, 108, 112, 127, 135, 159, 163,
 164, 203, 303, 328.
 Bentham, J.: 6, 15, 72.
 Berlin, I.: 381.
 bienes, clases de: 477.
 jurídicamente protegidos: 46, 96,
 97, 327.
 personales, teoría general de los:
 476.
 valor comparativo de los: 472.
 bigamia: 123.
 Binding, Karl: 47, 62, 328.
 "Bishop": 121, 182.
 Blackstone: 295.
 Bobbio, N.: 72.
 Bockelmann: 456.
 Bouzat, P.: 154.
 Bugner: 66.
 Bulygin, E.: 2, 366.
 Bundesgerichtshof: 163, 169.
 decisión sobre error de prohibición
 del: 163.
 "Burdett": 124.

C

carga de probar la *mens rea*: 137.
 Carnap, R.: 88.
 Carnelutti: 327.
 Carrara: 38, 286, 293, 315, 324, 454.
 Carrió, G. R.: 2, 200, 345, 442.
 caso básico de justificación: 470.

"caso de los mendigos": 135.
 castigo de gente inocente: 216.
 causa, concepto de: 458.
 concepto ordinario, consideraciones
 de índole pragmática: 467.
 criterio de la anormalidad: 461.
 pluralidad de: 460.
 y meras condiciones del resultado:
 460.
 causalidad, criterio valorativo de la:
 463.
 en la omisión: 469.
 causas de justificación: 63, 332.
 interpretación de las: 168.
 Cicerón: 366.
 ciencia jurídica: 9, 10, 69, 72, 75.
 circunstancias negativas del tipo: 58.
 que el agente tiene que conocer,
 selección de: 111.
 que hacen el acto riesgoso, cono-
 cimiento: 404.
 que hacen enantiotética la acción,
 conocimiento: 405.
 relevantes para la enantiotelidad de
 la acción: 340, 400.
 clases de actos negligentes: 425.
 cleptomanía: 346.
 coacción: 242, 361.
 Código de Napoleón: 66, 67.
 Código Penal alemán (1871), art.
 59: 38, 43, 95, 108, 112, 174.
 Código Penal argentino: 174, 449,
 455, 473.
 art. 34: 174.
 inc. 1º: 175.
 art. 185: 341.
 Código Penal de Alemania de 1975:
 174.
 Código Penal de Italia de 1930: 174.
 Código Penal francés de 1810: 174.
 Código Penal Modelo del American
 Law Institute: 324, 340.
 Códigos Penales españoles de 1848 y
 1944: 174.
 Cohen, Brenda: 17.
 combinación principios de asunción
 de la pena y enantiotelidad: 399.
 comienzo de ejecución del delito: 437.
common law: 103, 115.
 cómplice primario: 454.

- secundario: 454.
 concepción de la persona moral: 288, 380.
 instrumentalista de los conceptos jurídicos: 88.
 liberal de la responsabilidad penal: 385.
 perfeccionista: 298.
 concepto de causa: 458.
 de delito: 199.
 ordinario de causa, consideraciones pragmáticas: 467.
 conceptos jurídicos, concepción instrumentalista: 88.
 concurso aparente de leyes. 441, 449.
 de delitos: 440.
 criterio general para resolver los distintos casos: 443.
 diferentes casos: 441.
 ideal: 441.
 real: 441.
 condición necesaria: 467.
sine qua non: 462, 463.
 suficiente: 460, 468.
 condiciones de responsabilidad penal y para su ejecución efectiva: 343.
 jurídicas de la pena, clases: 340.
 objetivas de culpabilidad: 431.
 objetivas de punibilidad: 95, 173.
 conformidad normativa, modos de: 319.
 conocimiento
 de circunstancias que hacen el acto riesgoso: 404.
 de circunstancias que hacen enantiotélica la acción: 405.
 de la antijuridicidad de la conducta: 159.
 del agente: 405.
 del derecho: 249, 254.
 del *status* jurídico de la conducta: 158.
 fáctico: 405.
 requisito de: 171.
 consecuencias fácticas y normativas: 231.
 necesarias y posibles: 235.
 consentimiento: 151, 178, 218, 226, 227, 228, 234, 296, 383, 384, 385, 391.
 a asumir responsabilidad penal, 23, 247.
 a asumir un riesgo: 235.
 a asumir una obligación: 229.
 a perder inmunidad: 481.
 como actitud volitiva: 396.
 como disposición: 397.
 de causar daño que la ley busca prevenir: 339.
 de la víctima: 336.
 de realizar una acción enantiotélica: 398.
 de una consecuencia mediata a la acción: 398.
 del riesgo: 394, 419.
 e intención: 392.
 en asumir responsabilidad penal: 397.
 en crear un riesgo genérico: 427.
 en los contratos: 227.
 tácito: 238.
 unilateral: 238.
 y previsión de una consecuencia probable: 234.
 Constitución Nacional, art. 19: 290.
 construcción de conceptos: 91.
 jurídica: 70.
 lógica: 410.
 consunción: 446, 449.
 contaminación: 188.
 contratos, justificación de los: 226.
 Córdoba Roda, J.: 37, 169.
 corrupción: 445.
 creencias del agente: 393.
Criminal Damage Act (1971): 104.
Criminal Law Act (1967): 105, 440.
 criterio objetivo *mens rea*: 139.
 criterios de proximidad e inequívocidad: 437.
 Cross, R.: 107.
 culpa: 50, 131, 172.
 consciente: 51.
 inconsciente: 51.
 culpabilidad: 50, 60.
 modalidades de la: 50.
 principio de: 82.
 teoría estricta de la: 163.
 teoría limitada de la: 163.
 teoría normativa de la: 53, 54, 92, 109.

y libre albedrío: 363.
 "Cundy v. Le Cocq": 182.

CH

"Chandler": 155, 156.
 "Church": 129.

D

D'Arcy, E.: 385, 388, 389.
 "Dadson": 169, 333.
 daño como condición punibilidad en delitos imprudentes: 421.
 como condición punibilidad en delitos por negligencia: 430.
 como requisito de delitos de imprudencia: 420.
 grado de contribución a la generación de: 454.
 Davidson, D.: 89, 352, 357, 358.
 "Day": 166.
 decisión del Bundesgerichtshof sobre error de prohibición (1952): 163.
 definición de delito y estipulaciones normativas: 79.
 de enfermedad mental: 361.
 de pena: 198.
 delito, analogía con contrato: 232.
 comienzo de ejecución del: 437.
 concepción realista de los elementos del: 85.
 concepto de: 199.
 continuado: 441.
 definición de: 76, 77, 329.
 definición clásica: 39.
 delitos, concurso de: 440.
 "Deller": 170.
 Demolombe: 66, 67.
 Denning, Lord: 303.
 derecho, concepto descriptivo: 5.
 concepto normativo: 4.
 penal, efecto disuasorio: 306.
 enfoque liberal del: 433.
 inglés, estructura del: 102.
 positivo, articulación consistente del: 21.
 estrategia para reconstituir el: 24.
 reformulación del: 20.
 sistematización del: 10.
 y moral: 270, 281.

derecho argentino: 77.
 inglés: 23, 30, 101, 110.
 desconocimiento de circunstancias justificantes: 167.
 de circunstancias que excusan: 346.
 descripción de la acción: 352, 360, 392.
 "Desmond": 139, 146, 150.
 desobediencia civil: 156.
 determinismo: 212, 358, 363, 365.
 como tesis descriptiva: 381.
 ético: 365.
 físico: 367, 368.
 psicológico: 367, 371.
 teológico: 365.
 y libre albedrío, compatibilidad: 373.
 Devlin, Lord: 274.
 Dilhorne, Vizconde: 119.
 Diplock, Lord: 116.
 discrecionalidad judicial: 315.
 distinción entre personas: 221.
 distribución de beneficios y cargas: 218.
 doctrina de las estructuras lógico-objetivas: 88.
 del precedente: 103.
 y principio *nullum crimen*: 105.
 jurídica historicista: 68.
 dogmática jurídica: 65, 75, 83.
 Dohna, A., Graf zu: 55, 98, 128.
 dolo: 50, 55, 63, 91, 93, 131, 159.
 de consecuencias necesarias: 132.
 enfoque cognoscitivo: 133.
 enfoque volitivo: 133.
 eventual: 132, 133, 134, 296.
 genérico: 127, 404.
 incorporación al tipo: 55.
 presunción de: 172.
 teoría estricta del: 162.
 teoría limitada del: 162.
 Domat: 67.
 drogas: 185.
 Dworkin, Gerald: 291.
 Dworkin, R.: 20, 24, 192, 248, 276.

E

ejemplo de Lacmann: 133.
 ejercicio de un derecho: 336.
 elementos subjetivos de justificación: 168, 332, 335.

- subjetivos especiales del tipo: 55.
 enantiotelidad: 324, 326.
 como condición de responsabilidad penal: 335.
 como criterio del derecho de impedir un acto: 333, 337.
 concepción objetiva: 331, 402.
 de la acción: 421, 423.
 circunstancias relevantes para la: 400.
 de la tentativa: 433, 438.
 grados de: 329.
 normas de: 329, 401.
 y dañosidad: 326.
 y graduación de la pena: 338.
 y peligrosidad: 330, 402.
 enfermedad mental, definiciones: 361.
 enfoque intuicionista: 101, 192.
 liberal del derecho penal: 433.
 objetivo en relaciones con otros: 375.
 perfeccionista: 332.
 en la teoría continental del delito: 303.
 en práctica judicial inglesa: 302.
 entes corporativos, legitimidad del castigo a: 418.
 enunciados acerca de motivos: 386.
 error: 51, 406.
 categorial: 408, 409, 413, 414.
 de derecho: 63, 159, 164.
 clases: 160.
 de prohibición: 88, 161.
 decisión del Bundesgerichtshof: 163.
 de tipo: 161.
error in obiecto: 405, 406.
 escepticismo ético: 14, 18.
 Eser, A.: 191.
 "Esop": 165.
 especialidad: 449.
 estado de necesidad: 310, 336, 359, 475, 477, 479.
 estrategia para reconstituir el derecho positivo: 24.
 estructuras lógico-objetivas: 59, 88.
 estupro: 446.
 excusas y justificaciones: 110, 151.
 exégesis, escuela de la: 67.
 Exner: 132.
 expendio de bebidas alcohólicas: 182, 183.
 explicaciones de acciones: 386.
- F**
- falacia textual: 191.
 Farinaccio: 127.
 Feinberg, J.: 205, 217, 251.
 Ferri: 327.
 Feuerbach: 41, 69.
 ficción del legislador racional: 73, 74.
 Finnis, J.: 265.
 Fischer: 55.
 Fitzgerald, P. J.: 354.
 Fletcher, C. P.: 334, 483.
 Flew: 199.
 Foley, R.: 370.
Forgery Act (1913): 104.
 fórmula hipotética de Frank: 134, 396.
 Frank, R.: 53, 396.
 Frankena, W. K.: 17.
 Frankfurt, H. G.: 240.
 Fuller, Lon: 317.
- G**
- Garzón Valdés, E. F.: 2, 59, 88, 90, 353.
 Gauthier, D.: 219.
 Gert, B.: 283.
 Gimbernat Ordeig, E.: 82, 343, 363, 364.
 Glover: 212, 248, 251, 252, 258, 266, 360, 361, 362, 370, 469.
 Goldman, A. I.: 353, 358, 359, 367.
 Goldschmidt, J.: 53.
 González Vicén, F.: 69, 70.
 "Gould": 177.
 grado de contribución en la generación del daño: 454.
 Greenwalt, K.: 26.
 Grocio: 65.
- H**
- Hacker, P.: 200.
 Hailsham, Lord: 141, 147, 148, 192, 303, 402.
 Hall, A.: 355.
 Hall, J.: 191.

Hart, H. L. A.: 5, 6, 15, 72, 199, 242, 250, 252, 253, 274, 276, 278, 302, 307, 321, 354, 355, 356, 410, 412, 424, 425.
 Hart, H. M.: 205.
 Hart y Honoré: 242, 458, 460, 462, 464, 465, 466, 469.
 Hartshorne, Charles: 366.
 Heck, Ph.: 69.
 Hegler: 55.
 "Hibbert": 120, 121, 122.
 Hippel, von: 133.
 historicismo: 68, 69.
 Hobbes: 372, 384.
 "Hobbs v. Winchester Corporation": 182.
 Hohfeld: 238.
 Holmes, O. W.: 219.
 homicidio: 400, 431.
 doloso (*murder*): 139, 142.
 preterintencional: 113, 115.
 hombre medio como construcción lógica: 410.
 homosexualidad: 274.
 Honderich, T.: 23, 216, 265, 376, 377, 381.
 Honoré, A. M.: 225, 230, 231, 237, 238, 324, 326.
 Hospers, J.: 16.
 "Houghton v. Smith": 438.
 Hughes, G.: 276.
 Hugo: 68.
 Hume: 372, 384, 459, 460.
 "Hyam": 116, 119, 140, 142, 146, 151, 192, 303, 401, 402.

I

ideal de excelencia humana: 284.
 identidad personal: 292.
 Ihering, R. von: 46, 67, 69.
 imprudencia: 51, 418.
 imputabilidad: 50, 361.
 indemnización civil: 478.
 independencia y separabilidad de las personas: 451.
 informe Wolfenden: 274.
 inimputabilidad: 359.
 injurias: 446.
 inocente sometido a pena: 207.

inocuidad de la acción: 328, 336, 337.
 insania: 359.
 instigador: 454.
 intención: 89, 90, 130, 356, 389, 392, 423.
 de crear un riesgo: 145.
 de producir el daño en la tentativa: 435.
 y motivos: 389.
 interferencia jurídica, concepción liberal: 271.
 iusnaturalismo: 3, 6, 270.

J

"J. Bucket": 139.
 Jescheck: 82.
 Jiménez de Asúa, L.: 37, 62, 64, 127, 134, 154, 163, 172.
 Jones, P. A. y Card, R. I.: 302.
 jurisprudencia de conceptos: 68, 69.
 justicia de acuerdo con el consentimiento: 225.
 justificación de la pena: 197 y ss.
 consensual: 197 y ss., 384.
 y reprochabilidad moral: 364.
 retribucionista: 92, 224, 265.
 utilitarista: 211, 476.
 justificaciones: 336.
 casos básicos de: 470.
 elementos subjetivos de: 168.
 y excusas: 345.

K

Kant: 248.
 Kelsen, H.: 4, 5, 6, 9, 11, 14, 20, 72, 78, 200, 329, 410, 411.
 Kneale, W.: 266.
 Kenny, A.: 151, 357, 373, 406.
 "King": 177.
 "Knüller": 106.
 Kohler: 132.

L

Lacmann, ejemplo de: 133.
 Laurent: 66.

legislador racional: 74.
 ficción del: 73, 74.
 legítima defensa: 336, 480.
 consentimiento a perder inmunidad:
 481.
 legitimidad del castigo a entes corpo-
 rativos: 418.
 Ley de Delitos contra las Personas:
 104.
 Ley de Hurto (1968): 166.
 Ley de Justicia Criminal (1967): 117,
 138.
 leyes retroactivas: 236.
 libertad de elección: 253.
 libre albedrío: 351, 362.
 como tesis normativa: 382.
 compatibilidad con determinismo:
 373.
 y retribucionismo: 364.
 Liszt, F. von: 38, 46, 81.
 Louch, A. R.: 276, 279.
 Lucas, J. R.: 132, 371, 381.

LL

Llambías, J. J.: 67.

M

Mabbott, J. D.: 216, 267.
 MacCallum, G. C.: 318.
 Mac Cormick, D. N.: 200.
 MacIntyre, A. C.: 368.
 Mackie, J. L.: 464, 465.
 Malamud Goti, J. E.: 475.
malice aforethought: 131.
 malicia construida: 115, 138.
 implícita: 115.
 premeditada: 131, 136, 143.
 en homicidio: 142.
 transferida: 128, 405.
 manipulación: 260.
manslaughter: 115, 141, 176, 431.
 marihuana: 185.
 "Matthews": 156.
 Maurach, R.: 60, 127, 128, 133, 169.
máxima volenti non fit iniuria: 230.
 Mayer, M. E.: 62, 98, 132, 154.

medidas coactivas no punitorias: 202,
 209.
 de seguridad: 256.
 Melden, A. I.: 354.
mens rea: 107, 181, 191.
 carga de probar la: 137.
 criterio objetivo: 139.
 homicidio: 131, 136, 141.
 y culpabilidad: 108, 109.
 y reprochabilidad moral: 109.
 método de la construcción de con-
 ceptos: 91.
 metodología conceptualista: 93, 189.
 dogmática: 64.
 Mezger, E.: 55, 64, 132.
 Mill, J. S.: 271, 287, 459, 462.
 Mitchell, E.: 276.
 modelos de normalidad: 361.
 Moore, G. E.: 373.
 moral crítica y moral positiva: 278.
 reconocimiento jurídico de la: 270.
 "Morgan": 177, 401, 455.
 Morris, H.: 295.
 "motivo", sentidos de la palabra, 141,
 154.
 motivos: 152, 299, 385, 471.
 e intención: 387, 389.
 prospectivos: 387.
 retrospectivos: 387.
 y otras causas de acciones: 388.
 movimientos involuntarios: 356.
 Mundle, C. W. K.: 199, 266.
murder: 104, 115, 138, 139, 142, 431.

N

Nagel, Th.: 18.
 Nagler: 55.
 naturaleza de las cosas: 83.
 necesidad: 361, 474.
 negligencia: 51, 424.
 consciente: 427.
 falta de consentimiento del daño:
 429.
 inconsciente: 426.
 Nickel, J. W.: 25.
 Nino, C. S.: 1, 2, 5, 6, 8, 15, 65,
 79, 90, 96, 200, 290, 329, 442, 444,
 469, 484.
 no atribuibilidad: 359, 360.

- non bis in idem*: 443.
 normas como razones para actuar: 313.
 de debido cuidado: 331, 403.
 de enantiotelidad: 329, 345, 401.
 Nowak, L.: 74.
 Nozick, R.: 18, 221, 223, 240, 242, 484.
 Núñez, R. C.: 327, 336, 407.
- O**
- O'Connor, D. J.: 370.
 objetivos de la ley, formas de reconstrucción: 318.
 obligaciones naturales: 344.
Offences Against the Person Act (1861): 104.
 omisión: 469.
 causalidad en la: 469
 de denunciar un delito: 473.
 omisiones: 40, 353.
 operación quirúrgica: 402, 471.
 orden jurídico, sistematización: 12.
- P**
- Parfit, D.: 292.
 participación: 450.
 paternalismo estatal: 276, 290, 477.
 peligro concreto: 427.
 pena
 a inocentes: 265.
 abolicionismo: 213.
 como símbolo de desaprobación: 205.
 connotaciones estigmatizadoras: 207, 208, 255.
 definición de la: 198.
 graduación de la: 301.
 justificación consensual y reprobabilidad moral: 364.
 justificación de la: 197 y ss.
 justificación utilitarista: 211, 476.
 movimiento abolicionista de la: 256.
 y estigma: 205.
 y juicios de desaprobación moral: 205.
 y protección social: 209.
 y sufrimiento: 203.
 pérdida de inmunidad jurídica contra la pena: 233.
 perfeccionismo: 283, 293.
 perjuicio, requisito de: 304 y ss.
 persona jurídica como construcción lógica: 410.
 personas
 colectivas: 407.
 argumentos contra su posición: 408.
 voluntad de las: 412.
 y aplicabilidad de ciertas penas: 414.
 independencia y separabilidad de las: 451.
 Platón: 289, 365.
 pluralidad de agentes: 450.
 de causas: 460.
 política criminal: 80.
 Popper, K.: 369.
 posibilidad de evitar responsabilidad penal: 351 y ss.
 positivismo: 6.
 ideológico: 6, 72, 97.
 jurídico: 270.
 metodológico: 6, 72, 97.
 Pothier: 67.
Practice Statement de la Cámara de los Lores: 103.
 precedentes judiciales como fuente de normas válidas: 102.
 predecibilidad de las acciones: 366.
 prevención especial: 211.
 general: 211, 214.
 previsión de la probabilidad de resultado: 139.
 "Prince": 120, 121, 125, 182.
 principio
 de asunción de la pena: 249, 305, 339, 349, 378, 415, 419, 425, 457.
 y de enantiotelidad: 399.
 de culpabilidad: 82.
 de distribución basada en consentimiento: 237.
 de enantiotelidad: 324, 350, 398, 443, 457.
 consecuencias: 334.
 y de asunción de la pena, combinación: 399.
 de legalidad: 306, 350.

- de proporcionalidad entre enantio-
telidad y pena: 338, 443, 448,
472.
- de protección prudencial de la so-
ciedad: 210, 218, 304, 311, 349,
435, 443.
y principio de asunción de la
pena: 255.
- de univalencia del consentimiento:
246, 350.
- de la dignidad de la persona hu-
mana: 382.
- determinista
como hipótesis empírica: 369.
como postulado metafísico: 369.
como regla procedimental: 370.
- kantiano: 221, 248, 476.
- liberal antiperfeccionista: 283, 349.
- nullum crimen nulla poena sine le-
ge*: 41, 249.
y doctrina del precedente: 105.
- nullum crimen nulla poena sine cul-
pa*: 50.
- protección de la sociedad: 209.
principio de prudencia racional de
la: 210, 218, 304, 311, 349,
435, 443.
- Puchta: 68.
- punibilidad, condiciones objetivas de:
95, 173.
de la tentativa: 434.
- punición y degradación moral: 286.
- R**
- Rabossi, E. A.: 211.
- racionalismo: 66, 71.
- Ramos Mejía, E.: 59.
- Ranieri: 153.
- rapto: 122, 446.
- Rawls, J.: 18, 32, 192, 216, 219,
223, 287, 314, 477.
posición originaria de: 385.
- Rayfield, D.: 354, 355, 356.
- Raz, J.: 3, 5, 19, 20, 232, 285, 313,
239.
- razonamiento judicial: 6.
práctico del agente: 406.
- reconstrucción del sistema jurídico:
10.
- rehabilitación: 204, 211, 256.
- Reichsgericht: 127, 133, 159, 169.
- relación
causal: 457.
entre derecho y moral: 270.
concepción liberal: 281.
medio-fin: 387.
- relativismo ético: 14.
- reprobabilidad moral: 286, 378, 384.
- requisito de intención, excepciones:
171.
de perjuicio: 304 y ss.
- resarcimiento por protección social:
223.
- Rescher, N.: 218.
- resentimiento: 375.
- responsabilidad, adscripción de: 354.
criminal: 51.
indirecta: 415, 418.
- objetiva: 172, 181, 183, 258, 261.
- penal
concepción liberal de la: 385.
el perjuicio como condición de:
269, 304 y ss.
posibilidad de evitar la: 351 y ss.
y reprochabilidad moral: 301.
por el acto: 61.
vicaria: 415, 418.
- retribucionismo: 92, 224, 265.
"moralista" y retribucionismo "le-
galista": 266.
tradicional: 266.
y libre albedrío: 364.
- Richards, D. J.: 18.
- "Roberts": 166.
- Robinson, P. M.: 333, 334.
- robo: 447.
- "Rose-Roshal": 126.
- Ross, A.: 2, 5, 6, 9, 11, 14, 18, 72,
205, 256, 258, 260.
- Rostow, D.: 276.
- Roxin, C.: 81.
- Ryle, G.: 354, 408.
- S**
- "Salisbury": 128, 129.
- Sauer: 55, 127, 128, 132, 133, 168.
- "Saunders": 128, 129.
- Savigny, F. C., de: 68, 69.

Schroeder: 133.
 Schweikert, H.: 57.
 Searle, J.: 17.
 "Serné": 139, 140.
 "Shaw": 105.
 "Sherras v. De Rutzen": 182, 183.
 Silving, Helen: 335, 478.
 sistema jurídico, indeterminación: 1.
 reconstrucción del: 10.
 sistematización del orden jurídico: 10,
 12.
 "Smith": 116, 118, 139 149 401.
 Smith y Hogan: 115, 125, 126, 128,
 165, 166, 170, 176, 303, 437.
 Sócrates: 365.
 Soler: 48, 68, 133, 134, 327, 335, 379,
 397, 446, 473.
 Spolansky, N. E.: 58, 86, 90, 204,
 353, 361, 416.
 Stephen, J. F.: 121, 136, 137, 164,
 273.
 Strawson, P. F.: 284, 374 y ss.
 "Sweet v. Parsley": 177, 182, 184.

T

Tatbestand: 40, 43, 95.
 Taylor, R.: 365.
 técnica de la personificación colectiva: 411.
 tentativa: 432.
 criterios de proximidad e inequívocidad: 437.
 de delito imposible: 438.
 enantiotelidad de la: 433, 438.
 intención de producir el daño: 435.
 punibilidad de la: 434.
 teoría, articulación de la: 349.
 base normativa de la: 349.
 de la ficción: 408, 412.
 de la naturaleza de las cosas: 59,
 88.
 de las normas: 47, 328.
 del delito continental europea: 29,
 37 y ss.
 formulación clásica: 37 y ss.
 reformulaciones posteriores: 52 y
 ss.
 estricta de la culpabilidad: 162.

estricta del dolo: 162.
 finalista: 58.
 general de los bienes personales:
 237, 476.
 jurídica normativa: 19.
 limitada de la culpabilidad: 163.
 limitada del dolo: 162.
 normativa de la culpabilidad: 92,
 109.
 tesis de la identidad: 353.
 "Thabo Meli": 129, 404.
Theft Act (1968): 104, 166.
 Thibaut: 68.
 "Thomas": 132.
 tipicidad: 93.
 tipo: 40, 94, 95, 99, 112, 135, 343.
 caracterización del: 56.
 circunstancias negativas del: 58, 96.
 de error: 95.
 de garantía: 41, 94, 95.
 elementos subjetivos especiales: 55.
 incorporación del dolo: 55.
 objetivo: 57.
 sistemático: 40, 94, 95.
 subjetivo: 57.
 y antijuridicidad: 57, 96.
 "Tolson": 121, 123, 177, 182.
 traición: 157.
transferred malice: 128.
 Tribunal Supremo de España: 169.
 Troplong: 67.
 Turner, J. W. C.: 109.
 "Twose": 166.

U

unidad de transacción: 404.
 de la antijuridicidad: 478.
 Urmson, J. O.: 17.
 Urquijo, María E.: 90, 353.
 utilitarismo: 221, 279.
 objeción al: 219.

V

valor comparativo de los bienes: 472.
 venganza: 387.
 venta de cosa ajena: 447.
 "Vickers": 116.

violación: 177, 178, 445.
 del secreto profesional: 473.
 volición ocurrente: 359.
 permanente: 359.
 voluntad de las personas jurídicas:
 412.
 voluntariedad: 40, 228, 240, 351.
 como adscripción de responsabi-
 lidad: 355.
 como capacidad y oportunidad: 357.
 como concepto excluidor: 355.
 como intención: 357.
 concepción tradicional: 354, 358.
 de la asunción de responsabilidad
 penal: 241.
 y conocimiento: 356.

W

Warnock, G. J.: 13, 368.
 Wasserstrom, R.: 312, 425.
 Weber, H. von: 55.

Welzel, H.: 58, 59, 60, 70, 89, 96,
 168, 357.
 "Wilson v. Inyang": 177.
 Williams, B.: 16.
 Williams, G.: 122, 125, 128, 154, 166,
 170, 181, 191, 403, 438.
 Wittgenstein, L.: 380.
 "Woolmington": 137.
 Wolfenden, informe: 274.
 Wootton, Bárbara, 212, 256, 258, 260,
 361.
 Wright, G. H. von: 357.

Y

"Young v. Bristol Aeroplane Co.": 103.

Z

Zaffaroni, E. R.: 84, 315, 484.
 Zimmerl, L.: 57.

Este libro se terminó de imprimir en los Talleres
Gráficos Minerva, Avda. República 332, Ramos
Mejía, prov. de Buenos Aires, en la segunda
quincena del mes de abril de 1980.