EN LETRA

DERECHO PENAL

Año V, N.º 8
Mayo de 2019
ISSN: 2469-0864

Queda hecho el depósito previsto por la ley 11.723.

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

ISSN: 2469-0864

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

Editor responsable / correspondencia epistolar:

Leandro Alberto Dias
La Pampa 2670, 2.º piso
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina

Correspondencia digital:

enletrapenal@enletra.com

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

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

Comité Editorial

Dirección

Leandro A. Dias (Universität Würzburg)

Subdirección

José R. Béguelin (UBA)

Noelia T. Núñez (UBA/CEPDAL)

Secretaría de Redacción

Pablo Larsen (UTDT)

Editores

Antonella Donnes (UBA)

Ezequiel Jiménez (Middlesex University)

Santiago Mollis (UDESA)

Mª. Belén Rodríguez Manceñido (UBA)

Carla Salvatori (UBA)

Thomas Wostry (Universität Düsseldorf)

Consejo Académico

Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen)

María Laura Böhm (UBA/DAAD)

Hernán Bouvier (UNC/CONICET)

Alejandro Chehtman (UTDT/CONICET)

Luis Chiesa (SUNY Buffalo Law School)

Fernando J. Córdoba (UBA)

Marcelo Ferrante (UTDT)

George P. Fletcher (Columbia Law School)

Luís Greco (Humboldt-Universität zu Berlin)

Hernán Gullco (UTDT)

Alejandro Kiss (The Hague University)

Máximo Langer (UCLA)

Marcelo D. Lerman (UBA)

Marina Lostal Becerril (The Hague University)

Ezequiel Malarino (UDESA/CONICET)

María Laura Manrique (CONICET)

Juan Pablo Montiel (CRIMINT)

Héctor Olásolo Alonso (URosario)

Daniel Pastor (UBA)

Gabriel Pérez Barberá (UNC)

Marcelo A. Sancinetti (UBA)

Eugenio Sarrabayrouse (UCES)

Alejandra Verde (UNC/UTDT)

Patricia Ziffer (UBA)

EN LETRA
DERECHO PENAL

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

***

Cuatro declaraciones y garantías:

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

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

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

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

ÍNDICE

EDITORIAL

AUTOBRIOGRAFÍA, Prof. Dr. Dr. h.c. (mult.) Marcelo A. Sancinetti, 2

COLUMNAS DE OPINIÓN

Corte Penal Internacional: Reformas pendientes, Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, 35

ARTÍCULOS: NÚMERO ESPECIAL. CRIMINALIZACIÓN Y CASTIGO

La cuestión del límite al ejercicio real del poder sancionatorio en la teoría de la pena de Michael Pawlik, Dr.Marcelo D. Lerman, LL.M., 40

Postericidio como crimen intergeneracional, Dr. Santiago Truccone Borgogno, 55

El delito de maldesarrollo, Prof. Dra. María Laura Böhm, 78

La incorrección moral como presupuesto de la legitimidad de la criminalización, Lucía Solavagione, LL.M., 117

El principio de daño. Una interpretación posible a partir de Gardner/Shute, Maximiliano Vargas, 154

TRADUCCIONES

La presunción de castigo. Una revisión crítica de sus orígenes en el pensamiento de la modernidad temprana, Prof. Dra. Rocío Lorca, 178

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

"Riesgos Penales Laborales. Responsabilidad penal del empresario por riesgos, enfermedades y accidentes laborales" de Patricia Gallo, Dra. María Belén Linares, 207

"Malas Madres. Aborto e infanticidio en perspectiva histórica" de Julieta Di Corleto, Camila Petrone, 218

"Neurociencias, tecnologías disruptivas y tribunales digitales" de Daniel Pastor y Martín Haissiner, Rocío Belén Guastavino, 225

PAUTAS DE PUBLICACIÓN, 230

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN, 234

TABLE OF CONTENTS

EDITORIAL

AUTOBIOGRAPHY, Prof. Dr. Dr. h.c. (mult.) Marcelo A. Sancinetti, 2

COLUMNS

The International Criminal Court Needs Reforms, Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, 35

ARTICLES: SPECIAL ISSUE: CRIMINALIZATION AND PUNISHMENT

Michael Pawlik on the Limits of Actual Punishment, Dr.Marcelo D. Lerman, LL.M., 40

Postericide as an Intergenerational Crime, Dr. Santiago Truccone Borgogno, 55

The Crime of Maldevelopment, Prof. Dra. María Laura Böhm, 78

Moral Wrongfulness as Requirement of the Legitimacy of Criminalisation, Lucía Solavagione, LL.M., 117

Harm Principle. The feasible interpretation of Gardner/Shute, Maximiliano Vargas, 154

TRANSLATIONS

The Presumption of Punishment: A Critical Review of its Early Modern Origins, Prof. Dra. Rocío Lorca, 178

BOOK REVIEWS

'Riesgos Penales Laborales. Responsabilidad penal del empresario por riesgos, enfermedades y accidentes laborales' by Patricia Gallo, Dra. María Belén Linares, 207

'Malas Madres. Aborto e infanticidio en perspectiva histórica' by Julieta Di Corleto, Camila Petrone, 218

'Neurociencias, tecnologías disruptivas y tribunales digitales' by Daniel Pastor y Martín Haissiner, Rocío Belén Guastavino, 225

GUIDELINES FOR SUBMISSION OF ARTICLES, 230

EVALUATION PROCEEDINGS, 234

Editorial

Este primer número del año 2019 marca el comienzo de una nueva etapa: hemos logrado la indexación en el *Catálogo 2.0* de Latindex. Esto quiere decir que la revista cumple con una serie de estándares internacionales que aseguran la calidad del contenido, por lo que la publicación de un trabajo en En Letra: Derecho Penal puede ser utilizada para acreditar objetivos en diversos institutos de educación pública y privada (p. ej., en el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de la Argentina [CONICET]). Alcanzar la indexación en esta base de datos internacional fue uno de nuestros objetivos iniciales y finalmente hemos podido cumplirlo. En el futuro intentaremos la admisión en otras bases de datos, con el fin de adaptar la revista a otros estándares internacionales y facilitar la tarea de acreditación que deben realizar los investigadores que nos eligen para publicar sus investigaciones y artículos.

Por otra parte, hemos realizado algunos cambios en la estructura del equipo. La co-directora histórica y co-fundadora de la revista, Carla Salvatori, ha decidido dejar las tareas de dirección y concentrarse en las de edición. Su cargo será ejercido, a partir de este número, por José R. Béguelin y Noelia T. Núñez, quienes ya formaban parte del equipo de En Letra: Derecho Penal. Además, Alejandra Verde deja el Comité Editorial para formar parte del Consejo Académico.

En cuanto al contenido de este número, presentamos por primera vez en español la autobiografía del Prof. Dr. Dr. *h.c.* Marcelo A. Sancinetti (UBA), quien ha sido considerado por el Prof. Dr. Dr. *h.c.* Silva Sánchez, con razón, como el dogmático argentino más importante de la actualidad. Acompañamos esta primera sección con una columna de opinión del Prof. Dr. Dr. *h.c.* Kai Ambos (Universität Göttingen) sobre la situación actual de la Corte Penal Internacional. Respecto de los artículos sometidos a referato doble ciego, en esta ocasión presentamos un *dossier* especial sobre discusiones actuales en materia de criminalización y castigo, con contribuciones del Prof. Dr. Marcelo D. Lerman (UBA), del Dr. Santiago Truccone Borgogno (Universität Graz), de la Prof. Dra. María Laura Böhm (UBA/DAAD), de Lucía Solavagione (Universität Bonn) y de Maximiliano Vargas (UNC). A su vez, presentamos una traducción al español de un trabajo reciente de la Prof. Dra. Rocío Lorca Ferreccio (Universidad de Chile). Finalmente, cerramos este número con tres interesantes recensiones. La primera, a cargo de la Dra. Belén Linares (Universidad de Sevilla), sobre la tesis doctoral de la Dra. Patricia Gallo (*Riesgos penales laborales*). La segunda, realizada por Camila Petrone (UBA), sobre el reciente libro de la Prof. Dra. Julieta Di Corleto (*Malas madres*). Y la tercera, de Rocío Belén Guastavino, sobre el libro de Prof. Dr. Daniel Pastor y Martín Haissiner que analiza vinculaciones entre derecho y neurociencias.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año V, número 8, pp. 2-34

AUTOBIOGRAFÍA *

Prof. Dr. Dr. *h.c.* (mult.) Marcelo Alberto SANCINETTI

I.

A) Nací en Buenos Aires, el 27 de noviembre de 1950, como tercer hijo de un matrimonio de origen humilde, de madre: *María Luisa Liñayo* (1924), descendiente de padres españoles (provenientes de Galicia) que habían llegado a Buenos Aires en 1924, y de padre: *Marcelo Aurelio Sancinetti* (1914), descendiente de madre vasco-española y padre italiano (oriundo de Castrovillari, provincia de Cosenza, Calabria), arribados a Buenos Aires a fines del siglo 19.

Mis dos hermanas mayores: *Nélida Nilda* (1944) y *Mirta Aída* (1947) asistían a una escuela primaria estatal, mientras yo jugaba aún, "perdido en mis pensamientos", hamacándome casi todo el día en un caballito de madera, que, por ser mi juguete predilecto, incluso tenía nombre propio

* Publicada primeramente en versión alemana de SCHMITT y GAUß en Hilgendorf (comps.), *Die ausländische Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen – Die internationale Rezeption des deutschen Strafrechts,* Berlín/Boston, DeGruyter, 2019, pp. 407/438 *[La ciencia extranjera del Derecho penal en autobiografías – La recepción internacional del Derecho Penal alemán]*, con introducción de HILGENDORF. La sobretapa de protección de la obra está ilustrada con las fotografías de Enrique Bacigalupo (España), Taira Fukuda (Japón) y Feridun Yenisey (Turquía). En el año 2012, el profesor, doctor en Filosofía y doctor en Derecho, Eric Hilgendorf (Universidad de Würzburg), concibió la idea de publicar un volumen con autobiografías de juristas penales extranjeros vinculados a la ciencia jurídico-penal alemana; así pretendió continuar una obra precedente, publicada en 2010, con autobiografías de juristas penales alemanes (HILGENDORF [comp.], *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, Berlín, 2010). El volumen que plasmó aquella idea contiene autobiografías de veinticuatro juristas provenientes, en conjunto, de "Argentina, China, Turquía, Méjico, Corea del Sud, España, Japón, Georgia, Suiza, Grecia, Croacia, Italia, Estonia y Serbia" (p. VII, *Introducción*; según orden alfabético en lengua alemana). De Argentina se cuenta también con la autobiografía de Patricia S. Ziffer. El texto inicial aquí publicado fue escrito, aproximadamente, entre 2013 y 2014, con algunas actualizaciones posteriores, pues llevar a cabo este proyecto insumió varios años y una ardua tarea de revisión del compilador. Unas pocas acotaciones posteriores fueron introducidas para esta publicación de la versión original en lengua castellana.

("*El Tonny*"). A la edad de cuatro años mi madre me informó que debía comenzar a ir al jardín de infantes, a la misma escuela en la que mis hermanas hacían la escuela primaria. Creo que percibí enseguida que con ello se terminaría para siempre la "era de jugar" y que sobrevendría la de "hacer los deberes". Quizá yo había abrigado la esperanza de que eso (sólo) "fuera cosa de mis hermanas". Pero esta expectativa se derrumbó; y si bien tenía mis juguetes y disfrutaba del deporte, predominaba el sentimiento del deber. A esa escuela asistí hasta la 4.ª clase, pues a partir de allí los varones debíamos abandonarla para ir a otra que fuera "sólo de varones"; la nueva escuela también era estatal, pero *más humilde* que la anterior (hoy ya no existe). No fue un gran mérito egresar como mejor alumno del grado en esa escuela, dentro de un pequeño grupo; pero fue una satisfacción compartir ese galardón con uno de mis dos mejores amigos de la infancia (*Eduardo Besprosvan*, descendiente de inmigrantes judíos austríacos que habían logrado escapar del nazismo; *Jorge Astolfi* era el otro gran amigo fiel, con quien compartía la vida deportiva).

Ese cambio de escuela había ocurrido muy poco después de la prematura y traumática pérdida de mi padre, que falleció de infarto al corazón a la edad de 46 años (1960); mi madre vive aún, con 94 años de edad, muy bien llevados. Mi padre había sido suboficial del Ejército, hasta unos cinco años antes de su muerte; luego fue comerciante de pianos (era un pianista auto-didacta). Él tenía aptitudes naturales para explicar conceptos; recuerdo una clase de "triángulos" que me dio a mis nueve años, tomando como base de información un diccionario enciclopédico; aún hoy retengo algunos conceptos de aquella noche, que nunca me fueron explicados en mis estudios posteriores de *Geometría*. Unos años antes, mi padre había llevado a vivir a nuestra casa a un hermano suyo, algo menor que él (*Amadeo Ricardo*), padrino mío, también ex suboficial y poseedor de un pequeño comercio de pedicuría, quien de hecho ofició luego como una suerte de padrastro; también mi tío moriría de una afección cardíaca bastante joven, a los 58 años (1976), cuando mis dos hermanas ya se habían casado y tenido hijos; mis cuatro sobrinos: *Nadine*, *Ana Paula*, *Alex* y *Martín*. Ya antes de que falleciera mi padre, mi madre ejerció diversos oficios para asegurar nuestro sustento. Con el tiempo accedió al comercio que había sido de mi tío, al frente del cual ella operó durante unos veinte años. De niño, ella me enseñaba a exponer con claridad; ponía el acento en que uno leyera en público correctamente —levantando la vista al concluir cada párrafo, para lo cual había que retener *in mente* el texto final de la frase— y que incluso supiera declamar largas poesías con la entonación apropiada. Controlaba nuestros cuadernos de clase con sumo esmero y criticismo: las consonantes altas debían estar "todas a la misma altura", aunque muchos

años después advertí que no todas las letras de imprenta le daban la misma estatura a todas las consonantes.

B) En un entorno familiar, entonces, en el que el "rendimiento escolar" era algo así como *el imperativo categórico*, yo asumí ese mandato de modo algo extremo. La otra máxima estricta era: *no mentir*, decir siempre *la verdad*.

En los últimos dos grados de la escuela primaria tuve un mismo maestro (*Rodolfo Melero*), que hizo todos los esfuerzos posibles ante mi madre para que yo estudiara *magisterio*, pues, de hecho, de niño se habían despertado en mí cualidades naturales para la docencia. No me era fácil aprender algo; pero, una vez aprendido, podía enseñarlo muy bien a otros. Era un orgullo que mi maestro de escuela quisiera que yo *también fuese maestro*; y de veras que yo quería serlo: nunca reconocí un oficio más noble que ése. Pero mi madre tenía decidido que yo hiciera mis estudios secundarios en el "Liceo Militar General San Martín", donde de hecho estudié como *cadete* entre 1964 y 1968, ascendido a *dragoneante* y *dragoneante principal* en el último período, antes de graduarme como "Subteniente de reserva". Era un instituto internado, en el que vivíamos desde el domingo a la noche hasta el viernes a la tarde, de modo que durante mi última etapa de la niñez y tierna adolescencia el contacto con mi familia fue escaso.

En el Liceo había posibilidades de auto-exigencia cuasi-infinitas, dado que ya la hétero-exigencia era *mayúscula*: desde la hora "del toque de *Diana*" (6 h)[1] hasta la del descanso nocturno (22 h), que con frecuencia era interrumpido para hacer dos horas de vigilancia en la cuadra durante la noche, función de guardián que recibía el nombre de "imaginaria" —además, yo era de aquellos, muchos, que se levantaban dos o tres horas por noche a estudiar los temas que no hubiéramos terminado de preparar durante las horas vespertinas—, había que cuidar tanto el aseo personal y la limpieza de la vestimenta, como el orden del armario y la prolijidad con la que había que dejar "hecha la cama" antes de abandonar *la cuadra* (compartida por unos ciento cincuenta compañeros, a la vez que por los cadetes de años superiores a los que, sobre todo en los primeros tres años, estábamos subordinados); también debíamos dejar ordenada la silla en cuyo interior se

[1] Recuerdo mi primera diana como un momento traumático. A la hora señalada, los cadetes de IV y V año (para quienes la diana era 5:30 h) tocaban silbatos y gritaban para que todos nos despertásemos y levantásemos en un *santiamén*. Esa impresión caló tan hondo en mí, que con el tiempo me despertaba de antemano, para no vivir ese momento de modo tan drástico. Posiblemente esta sea una de las razones por las cuales, desde la juventud, soy de estudiar o trabajar durante las noches y dormir (si puedo) *¡hasta pasado el mediodía!*

hallaban los elementos para lustrar el calzado, "marcar el paso" como un buen soldado al marchar hacia cualquier parte, rendir el máximo posible en las materias *de estudio* y, a mayores, también dar la talla en *aptitudes militares*. Esos fueron, quizá, los años más exigentes *de mi vida*, a partir de los cuales quedó el hábito, acaso inculcado ya por mi madre, de exigirse todo lo posible en los estudios y en cualquier otro ámbito de la vida (aunque uno, cada tanto, se desviara de sus ideales más elevados).

En *un* aspecto, la vida del Liceo fue mucho más *justa* que la que experimenté posteriormente; y es que *la retribución según el "mérito"* —y no según intereses *desviados*—, era un valor respetado casi *à outrance*, algo que no encontraría posteriormente, en el ámbito —paradójicamente— de los llamados "hombres de Derecho".

C) Una vez egresado del Liceo, había que decidir entre optar por una vida definitivamente militar o seguir una carrera universitaria. Aunque de niño mis preferencias habían estado en la *Matemática* —porque en el pensamiento abstracto siempre me había sentido muy cómodo—, ya antes de ingresar al Liceo se había despertado en mí un sentimiento religioso que se agudizó en aquel "secundario militar"; y la *tensión* entre "el pensamiento matemático y filosófico", por un lado, y "el mundo religioso", por el otro, tuvo sus efectos. El capellán del Liceo (*Padre Atilio C. Fortini*, s. j.), nuestro director espiritual, era experto en adoctrinarnos en la *moral católica* más estricta y ortodoxa. Casi todo lo que a uno se le ocurría hacer "podía estar mal" a los ojos de Dios, ser *inmoral*, un *pecado*. Esto sí se conectaba con la *Filosofía*, pero no con la *Matemática*. Él más bien cercenaba el pensamiento *crítico*: "yo no discuto, enseño", solía decirnos. Posiblemente la obsesión por *lo correcto* y *lo incorrecto*, *lo bueno* y *lo malo*, haya determinado mi ulterior interés *por el Derecho Penal*. Tampoco faltó por entonces la pregunta de si la "vida religiosa plena" (convertirme en *sacerdote*) no podría ser una opción. Pero esta pregunta se disipó bien pronto por la respuesta negativa.

Antes de decidirme a matricularme en Derecho, tuve la duda de si no sería "más fácil y rápido" llegar a tener una profesión, siguiendo la carrera militar (quizá no quería enfrentarme a la vida real de la sociedad civil). De modo que a fines de 1968, en una decisión repentina y sorpresiva para todos, rendí los exámenes para ingresar al Colegio Militar de la Nación, del que habría podido egresar como oficial de Ejército en sólo tres años más, es decir, a los veintiún años. Yo llevaba el "buen antecedente" de haber egresado del Liceo en el orden de mérito n.º 13 en una promoción de 148 camaradas.

El ingreso al Colegio Militar fue relativamente fácil, pero a partir del segundo día de estar en esta otra institución castrense, me asaltó el sentimiento profundo de que esa forma de ver el mundo no podía marcar *toda* mi vida. El ámbito para el *libre pensamiento* era —por "decir poco"— *bastante estrecho*, aunque sólo muchos años después percibí realmente cuán determinante habría sido para mí ese déficit, si hubiera seguido esa carrera. La vida militar se me había vuelto *agobiante*; el Colegio era "mucho peor" que el Liceo, de modo que a los 45 ó 50 días de haber ingresado, pedí la baja y abandoné para siempre ese camino. Eso representó "mi primer fracaso" en el ámbito de los estudios, en lo cual, desde niño, había sido siempre exitoso.

D) Pero fue también una decisión *muy sabia*; y que, por azar, "por la mala conjunción de ciertos aconteceres nefastos", devendría con los años en *mucho más acertada aun* de lo que yo podría haber imaginado, pues quienes siguieron en ese entonces la carrera militar pertenecen a la generación de aquellos que terminaron ejecutando actos lesivos de los derechos fundamentales durante la dictadura militar de 1976-1983; no todos los militares de entonces quedaron implicados en los hechos, pero sí una buena parte. Con frecuencia me pregunto si yo habría podido oponerme al cumplimiento de órdenes de ejecutar actos de esa índole, en el caso de que hubiera tenido que enfrentarme a la situación; me pregunto, entonces, si yo habría tenido la entereza moral y el valor suficiente como para "negarme" a costa de cualquier riesgo personal; e incluso cabe la pregunta de si a uno le habría parecido "justificada" tal forma de obrar, p. ej., para facilitarse a sí mismo la aceptación del cumplimiento de una orden. El no tener la seguridad de cómo se habría comportado uno mismo en el devenir del mundo hipotético puede llegar a ser atormentante, sobre todo si uno estudia cuál fue la gravedad de los hechos cometidos durante la dictadura, especialmente en "centros clandestinos de detención", con posterior exterminio de unas 8.000 personas, llamadas hoy "desaparecidas".[2] Acaso ese difícil interrogante por el comportamiento en el mundo hipotético haya marcado con el tiempo el destino de *dos* de mis

[2] En la obra de SANCINETTI/FERRANTE a que me refiero *infra*, nota 4 (allí, pp. 136 ss), estimé el número de desaparecidos en unos diez mil. Pero hoy en día existe una investigación particular sobre el recuento de personas desaparecidas, hecha por la señora Graciela FERNÁNDEZ MEIJIDE, madre de un desaparecido. En su libro *La Historia íntima de los Derechos Humanos en la Argentina (A Pablo)*, Buenos Aires, Sudamericana, 2009), la autora llega a un número cercano a ocho mil, aunque los datos tampoco pueden ser precisados con exactitud. El "hombre de la calle" —sobre todo si se auto-denomina "progresista"— suele hablar de que habría habido "treinta mil desaparecidos"; pero no hay ningún elemento para arribar a esa cifra. No obstante, los políticos demagógicos hablan de treinta mil; políticos "no demagógicos" hay pocos. FERNÁNDEZ MEIJIDE se desempeñó en política y es una "Madre de Plaza de Mayo"; ella procura llegar al dato *verdadero*.

obras más conocidas en el extranjero, publicadas entre 1988[3] y 1999[4], la segunda de las cuales, escrita en coautoría con Marcelo FERRANTE, fue llevada a cabo por encargo del Instituto Max Planck para el Derecho Penal extranjero e internacional, y publicada tiempo después en lengua alemana.[5]

En sustancia, yo sostenía que las llamadas "leyes de impunidad" sancionadas durante el gobierno del presidente Raúl Alfonsín a fines de los años ochenta, como los indultos del presidente Carlos Menem a comienzos de los noventa, eran *inconstitucionales*, y que bien se podía declarar "todo nulo" y proceder nuevamente contra los responsables. Curiosamente eso mismo terminó ocurriendo mucho después, por modificaciones en la coyuntura política, a partir de la asunción del presidente Néstor Kirchner en 2003, quien hizo sancionar una ley que retrotraía los procedimientos a veinte años atrás. Para ese entonces a mí ya me parecía "demasiado tarde", pues proyectos de leyes de esa índole habían sido considerados en el Congreso a fines de los años noventa, con resultados negativos.[6] ¿Hasta cuándo se podía revisar una y otra vez toda marcha y contramarcha? La pretensión de "imprescriptibilidad" no es argumento suficiente; pues si un proceso debe concluir dentro de "un plazo razonable" no es posible que el Estado se reserve el derecho de iniciar, detener, clausurar y reabrir las causas penales *sine die*; brevemente: también la acción penal debe ejercerse "dentro de un plazo razonable". Con prescindencia de eso, a partir de allí percibí como "extravagante" aquello en lo que terminarían convirtiéndose los procedimientos. Hoy en día parece bastar con que el imputado haya sido *militar* en la época de la dictadura y alguna persona diga que cree "reconocerle su voz" o datos vagos de esa índole, para que un anciano ex militar sea encarcelado, aunque fuese de presumir que difícilmente vivirá ya al momento del

[3] SANCINETTI, *Derechos humanos en la Argentina postdictatorial*, Buenos Aires, Lerner, 1988 (comentado por MARRÉ en la revista alemana "Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht", 1988, pp. 801/803). Un reflejo resumido de esa obra lo constituye mi artículo "Entwicklung der Menschenrechte in Argentinien nach der Diktatur", en *Lateinamerika*, 1989, pp. 47/57, versión alemana de MARRÉ y GARZÓN VILLADA.

[4] SANCINETTI/FERRANTE, *El derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas. Argentina*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999.

[5] Versión alemana de LÖSING, en ESER/ARNOLD (comp.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse. 3 Argentinien*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Iuscrim, Freiburg i. Br., 2002, tomo S 82.3.

[6] Uno de los proyectos había sido redactado por mí a inicios de 1998, y presentado por el diputado Bernardo P. Quinzio —de quien yo era por entonces "asesor"—, con el apoyo de Oraldo Britos.

juicio. Esta tendencia alcanza también a numerosos civiles, tratados como colaboracionistas, así fuese que sus acciones pudieran calificarse como "neutrales".*

* En el trasfondo de la situación actual se enraíza la actitud mental de que tales imputados "carecen de derechos humanos", y, por ello, *pueden ser privados de cualesquiera derechos y garantías* (aunque nadie se atreva a decirlo así). En nombre de la *defensa de los derechos humanos* se priva a esas personas de la "dignidad humana". Hay un sinfín de actos jurídicos y decisiones diletantes que jalonan ese escenario. La última manifestación de esa "exclusión del carácter de *humanos* de esos seres" lo dio el debate sobre si les era aplicable a ellos, en tanto hubieran sido encarcelados preventivamente por más de dos años —como ocurrió en muchos casos, sin que estuviera justificada en sí, para nada, una prisión preventiva (cf. PASTOR, "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", en *Nueva Doctrina Penal*, 2005/A, p. 114, nota 79)—, el beneficio que, en 1994, había sido introducido por la ley 24.390, que fijaba un plazo máximo de duración de la prisión preventiva de *dos años*. Dado que muchas leyes procesales ya habían decretado límites de esa índole reiteradamente, pero el límite como tal era *burlado por actos pretorianos de los jueces*, la ley 24.390 estableció una forma *de compensar* el destrato del Estado hacia un acusado que hubiera estado en prisión preventiva por un "plazo *irrazonable*". La compensación por la falta del Estado era fijada en *dos días de prisión por cada día que excediera de esos dos años* (aunque también era interpretable como: si se excedió de dos años, *cada día vale doble*, también los de los primeros dos años; pero ese no es el punto a tratar ahora). La ley se consideró a sí misma (art. 9) reglamentaria del art. 7, párr. 5, CADH (ser juzgado *dentro de un plazo razonable* o, en su defecto, *ser puesto en libertad*). Con todo, la ley quiso introducir una diferencia entre el cómputo de la pena de *prisión* y el de la de *reclusión*, dándole a ésta el "cómputo frío" (1 : 1). Pero con el tiempo la Corte Suprema declaró, "ya en general", inconstitucional el "doble régimen", puramente "nominalista", de la pena privativa de libertad; toda pena de esa índole debía interpretarse, entonces, como "pena *de prisión*". La ley 24.390 excluía de su régimen, también, a la imputación por *tráfico de estupefacientes y figuras afines*. Pero esta "exclusión" fue declarada inconstitucional, pues un derecho humano no puede depender del "carácter del delito cometido". Fue un hecho fortuito el que yo tuviese que dictaminar, como asesor del senador Carlos A. Juárez (Santiago del Estero), en mi primera intervención ante él, sobre la oportunidad y conveniencia de la ley (mi dictamen oficial fue publicado como *Cómputo del encarcelamiento preventivo. Plazo máximo razonable [Pacto de San José de Costa Rica]*, en DOMÍNGUEZ HENAÍN, *Ley 24.390 – Prisión preventiva – Plazo máximo, cómputo del encarcelamiento cautelar [Análisis dogmático y jurisprudencial]*, Rosario, Juris, 1996, pp. 90/133). La ley conducía a situaciones muy dispares (en esa medida, *injustas*), para la misma clase de hechos, en razón de la gran diversidad de tratamiento de la prisión preventiva, según fuese el tribunal o el imputado del caso. Esa ley fue derogada en 2001, por la ley 25.430; ésta no previó *otra* forma de compensación (alternativa) del exceso de la duración de la prisión preventiva (p. ej., una *indemnización pecuniaria*). Pero esta derogación, como es evidente, no podía alcanzar a hechos cometidos *con anterioridad a esa derogación* (simplemente: art. 18, CN), pues, para poder ser aplicada a hechos cometidos en el pasado, la ley debe ser *más benigna* (art. 2, CP); esta derogación convertía al sistema en *más gravoso*, por ende, no era aplicable a los hechos cometidos en los años de la dictadura militar. Hubo quienes argumentaban que, habiendo sido declarada la "desaparición forzada de personas" como "delito permanente" por convenciones internacionales, el delito "se seguía cometiendo" (¡aún hoy!). En primer lugar, esa declaración era, por su parte, también *ex post facto*, de modo que no podía aplicarse a hechos del pasado (mi argumentación de fines de los años ochenta contra las leyes de impunidad se basaba en el derecho interno *argentino*, no en un supuesto "*ius cogens*"). La privación de libertad en sí *es* un delito permanente, pero "mientras esté claro que *persiste la privación de libertad*". Muy por encima de ello, para casos de víctimas ya fallecidas, sería "obtuso" (por decir poco), sostener que el delito "sigue siendo cometido" (el silencio sobre los actos propios del pasado no puede co-constituir el ilícito, pues eso violaría el "principio *nemo tenetur*"). E, *in dubio pro reo*, hoy sería bien razonable la presunción de que todo desaparecido en los años de la dictadura o bien recuperó su libertad o bien ya está muerto. Por ende, la ley 25.430 no podía afectar a los hechos en cuestión, "sin peros ni condiciones". Pues bien, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el llamado "Caso Muiña" (aunque conocido oficialmente como "Bignone, Reynaldo Benito A."), por sentencia del 2/5/2017, basada en apretada mayoría (jueces Rosenkrantz, Highton de Nolasco, Rosatti c. los votos de Lorenzetti y Maqueda), le concedió al acusado el cómputo que evidentemente le

En suma, hasta hoy no se ha podido desarrollar en la Argentina una cultura que le dé valor a los derechos del individuo, *qua individuo*, no como "partidario del grupo al que le toca ganar o perder en cada momento". No puedo eliminar por completo la sospecha de que esta toma de posición no derive del hecho de que siempre me haya sentido más cómodo yendo "contra la corriente".

Ya los años anteriores a la dictadura, ensombrecidos por el terrorismo ejercido por facciones extremistas de izquierda —que en parte provocaron el "golpe militar" padecido a partir de 1976—, habían marcado mi juventud como una época de violencia y frustraciones espirituales. Más allá de la "condena interior" de esos hechos, yo quedé completamente al margen de tales contextos, al igual que la mayor parte de mis conciudadanos pacíficos. En ese clima desalentador se dieron mis estudios universitarios.

---

correspondía. Tras manifestaciones populares, más algunos cabildeos políticos, el gobierno hizo sancionar la ley 27.362, de 2017, según la cual la ley intermedia más benigna (24.390), que *preveía el beneficio* (compensatorio de un *déficit del Estado*) de la duplicación de los días de prisión preventiva debía ser interpretada como exclusivamente aplicable (art. 2) "a aquellos casos en los que el condenado hubiere [hubie*ra*; pues 'hubie*re*", justamente es *futuro* del subjuntivo] estado privado de su libertad en forma preventiva *durante el período comprendido entre la entrada en vigencia y la derogación de aquella ley*". Dado que, con esa configuración, la ley 27.362 regulaba sólo "casos del pasado", si bien *formalmente* era una ley, "*materialmente* era *una sentencia judicial*" ("la ley *del pasado* se interpretará de tal forma" es materia jurisdiccional y NO legislativa). Este es un vicio (de legitimidad del órgano) similar al que tuvo —ya en el plano *formal*, sin entrar a considerar sus vicios materiales— la llamada Ley de Obediencia Debida de fines de los años ochenta, pues ésta imponía una determinada interpretación oficial acerca de cómo debían ser juzgados ciertos hechos verificados sólo en el pasado, lo cual es propiamente una *función jurisdiccional* (este argumento se hallaba desarrollado en la disidencia del ministro Jorge A. Bacqué, en el fallo de la Corte alfonsinista que convalidó aquella ley, invalidada retroactivamente casi tres lustros después; esa fue la razón de que yo le dedicase Bacqué mi libro de *Derechos humanos en la Argentina post-dictatorial*). El 4/12/2018, en el llamado "Caso Batalla" (aunque conocido oficialmente como "Hidalgo Garzón, Carlos del Señor"), la Corte Suprema modificó su doctrina, en tanto que dos de los jueces que antes habían considerado aplicable el beneficio, por aplicación de la ley intermedia más benigna (24.390), revertían su criterio por el hecho de que rigiera ahora una "ley interpretativa". Pero el Congreso (incluso en algo que fuese una *ley material*, es decir, también dirigida a algún caso que fuese cometido *en el futuro*) no puede sancionar leyes interpretativas *más gravosas*, que *alcancen a hechos del pasado*, porque eso es *derecho penal ex post facto* (principio de legalidad: *"lex praevia"* = *irretroactividad de la ley penal más gravosa*). Sobre el particular —sin pretensión de exhaustividad—, menciono los trabajos de FARREL, "La otra Batalla", en el blog *En Disidencia*, http://endisidencia.com/2018/12/la-otra-batalla/ [enlace verificado el 11 de mayo de 2019], ROSLER, "El Estado de Derecho caído en 'Batalla'", en *En Letra: Derecho Penal*, n.° 7, 2018, pp. 20/34, y GELLI, "Leyes de interpretación en materia penal – Dilemas de la punición en Argentina", en *La Ley*, 25/2/2019. El primero de estos autores pone el acento en que de los cuatro votos mayoritarios del segundo fallo, dos tienen un fundamento (prescindente de la "ley interpretativa") y otros dos, otro (se basan en la ley 27.362), con lo cual falta un fundamento mayoritario homogéneo, que la Corte siempre le reclama a los tribunales inferiores, es decir, que el fallo "Batalla" tiene déficit *ya en lo formal*. Los otros dos autores se basan en los fundamentos materiales: *irretroactividad de la ley penal más gravosa*; también señalan el aspecto de "Derecho penal del enemigo" que anida en este ámbito. Basta con ello.

II.

A) El abandono casi inmediato de la carrera militar me permitió inscribirme ya en aquel mismo año 1969 en la carrera de Derecho en la Universidad de Buenos Aires, al mismo tiempo que ingresé a trabajar en un colegio secundario, como "preceptor" (eso sonaba al "oficio de Aristóteles"); casi todos los estudiantes de Derecho trabajaban de modo paralelo, al menos en un trabajo modesto. El año de ingreso transcurrió de modo aceptable, como si no *hubieran* quedado rastros del titubeo inicial. Pero *sí quedaban*; yo seguía *inseguro* no sólo respecto de si había tomado una "buena decisión" al despedirme para siempre del Ejército, sino también al decidirme por estudiar *Derecho*. La cuestión de cuál era la razón real que se hallaba detrás de esta última decisión no estaba para nada clara. Quizá se explicaba en que la mayor parte de los estudiantes de vocación indefinida se inscribieran por aquel entonces en Derecho. Pero también podía ocurrir que las preguntas de filosofía práctica a que me había conducido la formación religiosa de la adolescencia me hubiese precipitado hacia los interrogantes de *lo justo* y *lo injusto*, *las normas y su infracción*. ¿Será acaso que un Dogmático del Derecho Penal es algo así como un "sacerdote laico"? Como razón de mi propio caso lo dudo, porque ya en la niñez —antes de todo "sentimiento *religioso*"— el "problema moral", "los normativos en general" y los de "filosofía del conocimiento" eran objeto principal de mis rudimentarios pensamientos e intuiciones de justicia. Ya el "tener que decir la verdad" le genera a uno un torso de "pensamiento científico" y el temor a errar; por ello, mis frases de la niñez solían estar acompañadas de un complemento: "me parece que sí"; "creo que es así", etc.

Mis estudios de Derecho fueron un "fracaso", al menos *parcial*. En aquel entonces, la "carrera de abogacía" —como le llamaban los demás— consistía en aprobar veintiocho asignaturas. Hasta hoy, no se conoce en la Argentina nada similar a lo que en Alemania es el "examen de Estado", de modo que uno se convierte en *Voll-Jurist* en *tracto sucesivo*, casi "por usucapión", aprobando cada tramo de la carrera, representado por cada una de las asignaturas, cuyo examen se rinde en general ante el mismo profesor que le impartió clases al estudiante, a lo sumo ante un tribunal examinador formado también por otros profesores.

Mientras que un estudiante incluso relativamente mediocre podía rendir entre cuatro y seis asignaturas al año —la carrera estaba prevista para unos cinco años, una vez concluido el año de ingreso—, yo no avanzaba más que a un promedio de unas *dos* asignaturas; excepcionalmente llegué a rendir tres materias en un mismo año; en otros casos, a la inversa, dediqué todo un año a

una sola. En este retraso apenas influyó el hecho de que en aquel entonces jugara *hockey* sobre césped, como "arquero", en un equipo de 1.ª división: *Hurling Club*, una asociación de irlandeses de gran tradición; el arquero titular, mi amigo Ovidio Sodor —a quien había conocido en mi trabajo de preceptor— debía jugar casi todo ese año para el seleccionado nacional, y no había *nadie* para ocupar su puesto; yo apenas si tenía cierta "idea de la cosa", porque desde niño había jugado mucho al fútbol en ese mismo puesto, y hasta había hecho el intento (frustrado) de dedicarme al fútbol profesional. Esto se correspondía con un espíritu deportivo que me había sido inculcado también desde niño: "*mens sana in corpore sano*" (ya lo decía mi madre, desde que éramos niños). Pero cuando la ciencia del Derecho se convirtió en mi interés preponderante, dejé también el deporte oficial[7], sin que por ello llegase a avanzar más a prisa en mis estudios, aunque quizá sí más a fondo. En razón de que yo siempre dudaba de que fuese a culminar mis estudios, busqué un trabajo de mayor peso que el de preceptor de un colegio secundario; y fue así que durante unos tres años fui empleado del Banco Central.

Esta lentitud en mi carrera —que condujo a que mi licenciatura terminase recién el día anterior a que yo cumpliese treinta y dos años— se había convertido muy pronto en un conflicto psicológico agudo, en el que no faltaron encrucijadas morales —acaso normales para la época de la juventud—, acompañadas de la pregunta de si "no pudiera ser que Dios *no existiese*". Mi yo y mi "Súper-Yo"* se estremecían.

En orden a los estudios de Derecho en sí, no veía un gran interés en mis compañeros; si preguntaba por la razonabilidad de la explicación de un libro de texto, se me contestaba que eso no interesaba en absoluto; que yo tenía que repetir "lo que decía el libro". Pronto percibí que había cierta *simulación* entre estudiantes y profesores; si bien parecían gremios antagónicos, en el trasfondo se apoyaban recíprocamente. Había un escaso interés por discutir problemas jurídicos y más bien se trataba de "hacer de cuenta" que unos eran *profesores* y otros, *estudiantes*, pero como si fuera "una cosa seria".[8] Para dar con profesores de buena talla había que hurgar muy prolijamente,

[7] Hoy solo practico tenis; en forma regular, tomo clases con Gabriela A. Mosca, una ex jugadora de la W.T.A. (1985-1991; 1994-1995), quien, además, es *abogada*. Pero recientemente los médicos me recomiendan limitar mi preparación física al gimnasio y a la natación, evitando todo "deporte de impacto", para proteger mi (debilitada) columna vertebral.

* La traducción de "Súper-Yo", aunque es la expresión usual entre los psicoanalistas y psicólogos de lengua castellana, no es del todo correcta; no se trata de un yo que es un "*súper*"-sujeto, sino de un yo que está *por encima* de uno. La traducción más ajustada sería: "Supra-Yo" *("Über-Ich")*.

[8] Este problema acaso se haya *agravado* aun, cuarenta o cincuenta años después.

en general tratando de elegir el profesor contrario a aquel que recomendaba el "Centro de Estudiantes", es decir, había que cursar con aquel profesor del cual huyera la mayoría. Me llevó tiempo darme cuenta de que para estudiar Derecho en profundidad había que hacer todo lo contrario a lo que hacía el grueso del estudiantado. Entonces uno podía encontrar realmente "grandes maestros"; éstos no abundaban, pero existían. Había verdaderos "expertos", pero no era fácil dar con ellos.

B) En el segundo semestre de 1972, cuando yo ya llevaba "un atraso considerable", mi compañera de estudios Alicia Miguel me llevó casi coactivamente a que escuchara clases de quien luego sería mi maestro: Enrique BACIGALUPO. Por entonces él era muy joven, treinta y cuatro años —"profesor adjunto" de la cátedra del Prof. Dr. Enrique RAMOS MEJÍA—, pero ya era un maestro destacado. Él había estudiado con el profesor español, exiliado en Buenos Aires, Don Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, y merced a una beca de la *Fundación Alexander von Humboldt* había investigado en los seminarios de WELZEL y Armin KAUFMANN, doctorándose en Buenos Aires con una tesis sobre "Los delitos impropios de omisión". Fue él quien me dijo un día: "Ud. tiene cualidades para la ciencia del Derecho, pero tiene que *aprender alemán*"; era una condición *lapidaria* para quien, en el secundario, apenas había podido aprender a decir en inglés: "*That is a pencil*". Me dio también el consejo de que en cualquier materia estudiara "por *un europeo*"; "después lea las cosas triviales que le pidan acá, pero siempre lea europeos". Ese consejo dejaba injustamente preterido el "mundo anglosajón", por lo pronto el norteamericano en forma literal. Pero eso no era del todo irrazonable, dado que la Europa Continental había sido la fuente de nuestros derechos, a excepción del Derecho Constitucional, de origen norteamericano. Por eso seguí también el consejo de otro maestro, Leopoldo SCHIFFRIN —a quien conocí por BACIGALUPO—, de leer "El Federalista", de HAMILTON y otros.

Al año siguiente fui ayudante alumno de la cátedra en la que BACIGALUPO había sido designado "profesor titular" en forma interina; y a partir de entonces quedé vinculado al Derecho Penal. Pero tenía por delante aún unas tres cuartas partes de mis estudios. BACIGALUPO me invitó a sus seminarios, en algunos de los cuales discutían profesores. Excepcionalmente, se me autorizaba a participar en esas discusiones.

Pero el consejo de aquella época más importante de mi maestro fue el de que leyese el *Lehrbuch* de WELZEL, del cual había sido traducida al español la Parte General de la 11.ª edición, por los juristas chilenos Juan BUSTOS RAMÍREZ y Sergio YÁÑEZ PÉREZ. La lectura de WELZEL fue

una *experiencia conmovedora*. Recién al leer a WELZEL —en particular lo referido a "la doctrina final de la acción" y la contraposición entre *disvalor de acción* y *disvalor de resultado*— capté que yo podía tener un camino *auténtico* si seguía estudiando Derecho. ¿Podría llegar a ser algo así como "un WELZEL"? ¡Eso era "mucho pedir"! Paralelamente se despertó mi interés por la Filosofía del Derecho, en parte también por la lectura de la obra de WELZEL: "*Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*", que había sido publicada en español bajo el nombre editorialmente "más apetecible" de: "Introducción al Derecho", más una compilación de artículos de WELZEL reunidos bajo el título: "Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico". Era la época de posguerra, de las "estructuras lógico-objetivas" (WELZEL) o de la "naturaleza de la cosa" (en el lenguaje de RADBRUCH).

En la Argentina siempre se mantuvo una tradición de excelentes filósofos del Derecho, que en parte tradujeron al español las obras de KELSEN y *H. L. A.* HART, y provocarían nutridas discusiones. Entre aquellos filósofos se hallaban Genaro CARRIÓ, Carlos ALCHOURRÓN, Eugenio BULYGIN y Roberto VERNENGO. Se ponía el acento en la filosofía analítica, por un lado, y en el positivismo jurídico, por el otro. Con el tiempo vino una ola de "iusnaturalismo moderno", especialmente de la mano de Carlos NINO, que modificó sustancialmente el panorama. La tradición filosófica de la Argentina perdura hasta hoy; pero predomina el mundo anglosajón, no el alemán.

C) A los inicios, mi maestro ya nos había recomendado a un grupo de asistentes que escribiéramos un "libro de casos". En aquella época se conocían en Buenos Aires las traducciones de los libros de casos de KERN (de Parte General y Especial) y de BAUMANN. Me tomé esa recomendación *muy en serio* y acometí la tarea mientras seguía atrasándome en mis estudios. En unos pocos meses de 1974 terminé un pequeño libro *(Taschenbuch)*: la 1.ª edición de mi libro de "Casos"[9], formulado a partir de los supuestos de hecho discutidos en los manuales de WELZEL, MAURACH y MEZGER. Cuando un año después le obsequié un ejemplar a la profesora alemana *Hilde* KAUFMANN, ella expresó delante de otros profesores argentinos: "¡en Alemania no hay estudiantes que escriban libros!" Sin duda, se trataba de una censura; pero nadie podía quitarme el

[9] SANCINETTI, *Casos de derecho penal*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975 (220 páginas); 3.ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2005-2006 (1.002 páginas); al igual que en la 1.ª ed., se ofrecen aquí algunas soluciones del autor, pero, además, se hallan incluidas la solución a un caso para estudiantes, preparada por STRATENWERTH, y otra escrita por ZIFFER.

orgullo de haber escrito uno de los primeros libros de casos jurídicos escritos directamente en lengua española. A fines de 1975, a instancias de SCHIFFRIN, mi maestro de Derecho Constitucional —como también lo había sido Reynaldo VANOSSI— ingresé a trabajar como empleado en la Procuración General de la Nación, con la idea de ser algo así como "relator de SCHIFFRIN". Pero poco antes del golpe militar de 1976, éste emigró a Alemania, país que acogió generosamente a muchos otros juristas que corrían peligro en aquellos tiempos, como había ocurrido ya con mi maestro BACIGALUPO.

Durante 1976 se me permitió participar en unas Jornadas de Derecho Penal, en principio previstas para *profesores* o al menos para *graduados*. Con reticencias y oposición de muchos, me fue aceptado incluso presentar una ponencia sobre "teoría del error", que constituyó mi primer artículo científico en la materia.[10]

D) A partir de allí mis estudios de Derecho se hicieron cada vez más difíciles, pues pretendía convertir en un "seminario de investigación" un curso ordinario de cualquier asignatura, y no podía rendir un examen si no consideraba que pudiese desarrollar una teoría propia sobre los puntos nucleares de cada materia: seguramente una pretensión absurda y presuntuosa, pero al menos me impulsaba a pasar las noches de estudio en un estado de exaltación espiritual.

En el ínterin había cambiado de trabajo; de la Procuración General me había ido a trabajar —a comienzos de 1978— como relator de un juez de cámara en lo civil y comercial federal, el camarista Oscar Freire Romero, quien me hizo ver muy pronto que mi manera de escribir era arrevesada y que mi forma de razonar "iba demasiado lejos", hasta que uno se perdía en la penumbra. Con él trabé una amistad que perduró hasta su fallecimiento* , para lo cual incidió seguramente mi admiración por su sano juicio de juez, por su hombría de bien y por su redacción llana y directa. Su forma paternalista de relacionarse conmigo llevó a que, muchos años después, él fuera mi padrino de bodas.

[10] "Error, dolo y culpabilidad: ¿un problema de lege lata?", en *Nuevo Pensamiento Penal*, 1976, pp. 267/293 (luego también en SANCINETTI, *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, pp. 27/55).

* Oscar Freire Romero falleció a los 89 años, en la mañana del 30/1/2016, aunque este dato no figura en la publicación en lengua alemana, pues quedó la forma escrita en origen de "amistad que perdura hasta hoy", frase que para una compilación de autobriografías aparecida finalmente en 2019 entristece. Quiero pensar más bien lo contrario. Dado que "nuestros" muertos —por así decirlo— siguen siendo un punto de referencia en nuestra actitud mental (¿qué pensaría él en este caso?; ¿qué esperaría de mí?, etc.), que la "amistad perdura hasta hoy" sería respecto de él (y otros), en esa medida, una frase "verdadera".

El trabajo como relator en lo civil y comercial duró unos escasos cuatro años; pues, siendo aún estudiante, fui tentado por un estudio jurídico (*Ernesto Galante-Abogados*), a fines de 1981, a ingresar a realizar trabajos de redacción y fundamentación jurídica, sobre todo dictámenes, en las más variadas materias. Sólo me faltaba aprobar dos asignaturas para graduarme, pero eso significaba para mí *un año entero*.

E) Durante mis estudios, ocasionalmente seguía participando en la discusión científica del Derecho Penal con la publicación de artículos; y también incursioné en problemas de quiebra internacional, en razón de una disposición polémica de la ley argentina que otorgaba preferencias de cobro a los acreedores argentinos sobre aquellos cuyo crédito fuese pagadero en el extranjero.[11] Estos artículos fueron publicados en el último tramo de mi carrera, como producto derivado de mi trabajo en aquel Estudio Jurídico, dado que tuve que intervenir precisamente en un "concurso preventivo" de una sociedad que tenía un pasivo considerable, en gran parte constituido por créditos pagaderos en el extranjero. No puedo negar que mi toma de posición profesional en un dictamen influyó en la configuración de esas publicaciones, dado que mi inclinación natural habría sido la de darle un trato igualitario a todos los acreedores; sólo que la ley *decía otra cosa*. Con el tiempo, la doctrina especializada consideró que aquellos trabajos constituían un material crítico digno de ser tenido en cuenta.

Finalmente, el 26 de noviembre de 1982 concluí mis estudios con un promedio general de 9,50 puntos sobre 10, al rendir Derecho Internacional Privado con la máxima calificación. Mi maestro de esa materia fue Antonio Boggiano, quien mucho después fue juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (1994-2005). Al asumir el poder el presidente Kirchner en 2003, éste instó con éxito a dos jueces de la Corte a que presentaran su renuncia; otro falleció cuando ya habíase dispuesto su enjuiciamiento político. De dos jueces del máximo tribunal, Eduardo Moliné O'Connor y Antonio Boggiano, el presidente Kirchner no logró que presentaran la renuncia, por lo que hizo llevar a cabo, en el Senado de la Nación —la mayor parte de los senadores hicieron la voluntad del presidente, entre ellos naturalmente su esposa, Fernández de Kirchner, presidente de la Nación hasta fines de 2015—, sendos juicios políticos, primero a uno (2004) y luego al otro (2005), juicios éstos plagados de violaciones a los derechos fundamentales,

[11] "El art. 4 de la Ley de Concursos: su legitimidad constitucional y la arbitrariedad de la propia Corte", en *La Ley*, 1983-D, p. 402/421; "El art. 4 de la Ley de Concursos: historia e histeria de una reforma", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1984, S. 139/166.

a las garantías del acusado, a los principios del Estado democrático de Derecho y a la división de poderes. Constituyó uno de mis principales honores profesionales el haber sido (co-)defensor —junto a mi querida colega, la constitucionalista María Angélica GELLI— de mi maestro Boggiano en su enjuiciamiento, aunque su destitución fuera políticamente inevitable, tal como en definitiva ocurrió.[12] Más tarde, los casos respectivos fueron llevados por los ex jueces, como peticionarios, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ésta le ha dado *curso* a los procedimientos, pero no ha tomado hasta hoy ninguna resolución.

III.

A) Por contraposición a la lentitud de mis estudios de grado, mi carrera como docente universitario fue *vertiginosa*. A tres años de haber concluido mi licenciatura, y sin haberme doctorado aún, me hallaba participando en un concurso para catedráticos, que se había abierto tras el cese de la dictadura militar. En 1985 la Universidad de Buenos Aires convocaba a cubrir por concurso doce plazas de "profesor titular" o "asociado" en Derecho Penal y Procesal Penal. Desde el año anterior yo había sido designado ya "profesor adjunto interino" en Derecho Penal y —paralelamente— en Derecho Internacional Privado (pues Boggiano había intentado que yo me volcase para siempre hacia esa materia, instruyéndome en SAVIGNY y STORY).

Yo era el más joven de los postulantes. Dos cargos fueron declarados "desiertos", y obtuve un lugar en la última plaza, como n.º 10, bajo el título de "profesor asociado". De hecho, con todo, no había ninguna diferencia en el ejercicio de la cátedra entre los profesores *titulares* y los *asociados*; predominantemente, esta segunda denominación se concedió a quienes no tenían aún título de doctor. De este modo, probablemente me convertí en uno de los catedráticos más jóvenes que haya tenido la Universidad de Buenos Aires, y con alta probabilidad el único que haya llegado a ese

[12] Cf. SANCINETTI, *Juicios políticos a jueces de la Corte Suprema de Justicia en Argentina / Politische Verfahren gegen Richter des Argentinischen Obersten Gerichthofes* (versión alemana de KLIEGEL), publicado en ambos idiomas en *El dial – Biblioteca Jurídica online* (www.eldial.com - elDial-DC82F - elDial-DC82E), 13/3/2006; también en la revista electrónica suiza: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_03 [enlace verificado el 11 de mayo de 2019]. Véase también GELLI/SANCINETTI *Juicio político. Garantías del acusado y garantías del Poder Judicial frente al poder político. La defensa del juez Antonio Boggiano*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005. Es poco comprensible que numerosos políticos de la oposición y los medios de prensa corporativos contrarios al gobierno hayan alzado sus críticas a la intensa intervención, de hecho en sí existente, del Poder Ejecutivo en el "control del Poder Judicial" *recién a partir de cierto lapso de tiempo* del gobierno del matrimonio Kirchner, cuando la injerencia en el Poder Judicial se inició "de entrada", de la forma "más drástica", con el derrocamiento de una gran parte de la Corte Suprema, que sin embargo fue asentida con júbilo por los mismos que, luego, tardíamente ya, se quejaron de la injerencia del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial.

grado académico a sólo tres años de haberse graduado (mas esto era más bien un producto de mi "retraso como estudiante"). A la par de ello, seguía ejerciendo la abogacía, sobre todo con la elaboración de dictámenes. La razón de que, en la Argentina, un profesor de Derecho deba "trabajar de otra cosa" reside en que el sueldo con el que se retribuye a un profesor en las universidades públicas, al igual que en muchas de las privadas, es muy magro.

Para esa misma época, mi antiguo maestro *Bacigalupo* —que desde 1975 se había radicado en el exilio, primeramente gracias a la ayuda de la Fundación Humboldt, durante un tiempo en Bonn, y poco después definitivamente en Madrid—, me había instado a presentarme a una beca del entonces llamado *Instituto de Cooperación Iberoamericana*, por lo que en el año lectivo 1985-86, disfruté de una estancia de investigación en la Universidad Complutense de Madrid, para investigar bajo su tutoría la relación entre "la tentativa y la teoría de las normas". Él no mostraba el menor "entusiasmo" por el tema que yo había escogido para preparar mi tesis doctoral; pero yo estaba absolutamente decidido a defender una posición cercana a la que sostenía la llamada "escuela de Bonn", de Armin KAUFMANN y sus discípulos. La idea central rezaba: lo ilícito y culpable de cualquier hecho punible sólo puede consistir en abandonar de sí mismo una decisión de acción; que eventualmente se produzca además un resultado externo depende de "la casualidad".

Así fue como retomé mis estudios de alemán en Madrid, y con escasos conocimientos aún comencé a traducir de a poco la disertación de Diethart ZIELINSKI, que años después vio la luz en lengua española[13], una vez que, ya en Buenos Aires, pude "construir" y revisar la traducción, con la ayuda de mi profesora de alemán: Margarida ANER. BACIGALUPO se hallaba bastante distanciado ya de las ideas de Armin KAUFMANN —quien, en el ínterin, había fallecido—; pero yo recuerdo muy bien la impresión que me había causado mi maestro cuando, unos doce años antes, había sostenido en Buenos Aires que "el resultado", en los delitos imprudentes, no podía ser más que una "condición objetiva de punibilidad", porque no podía influir en nada en la "infracción al deber de cuidado". Pero, ¿por qué podría ser "diferente" en los delitos dolosos? Al igual que *Le Petit Prince*, yo no abandonaba una pregunta una vez que me la hubiera formulado.

[13] ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990 (*Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlín, 1973).

Durante el ciclo lectivo 1985-86 hice cursos de doctorado en la Universidad Complutense de Madrid, que en aquel entonces podían ser concluidos en un solo año y con ello uno quedaba habilitado a presentar una tesis doctoral. BACIGALUPO me había instado a alternar el estudio de la teoría de la tentativa con lecturas sobre filosofía de la ciencia —en particular, obras de POPPER y de KUHN—, lo que derivó en una excursión inacabable por diversos filósofos. De modo cáustico me dijo un día: "si ahora se va a los presocráticos no va a llegar nunca a la tesis".

Al cabo de un año de estudios como becario, debí regresar a Buenos Aires, pues si bien la beca me había sido renovada por un año más, yo ya me había habituado a llevar un estándar de vida que no podía sostenerse con un estipendio más bien *modesto*. Entonces, tras un año de investigación en Madrid, regresé a Buenos Aires, "cargado de deudas".

B) A mi regreso a Buenos Aires, en noviembre de 1986, asumí mi cátedra como "profesor asociado", en la que había sido designado a comienzos de ese año, pero en uso de licencia por investigación. De hecho, el ejercicio efectivo de mi cátedra comenzó en el ciclo lectivo de 1987. En el ínterin, había intentado abrir mi Estudio Jurídico propio, con otros dos colegas; pero, abrumado por las deudas, volví a mi anterior empleo en el Estudio Jurídico para el que había trabajado desde 1981.

En 1987, mientras dictaba un curso elemental para estudiantes iniciales, para lo cual los manuales de JESCHECK y STRATENWERTH constituían mi arsenal principal, iba avanzando en la traducción de la obra de ZIELINSKI, a la vez que seguía preparando mi trabajo de tesis.

Ya a fines de 1986 había conocido en el despacho del profesor Julio B. J. MAIER, a la entonces asistente Patricia Susana ZIFFER, quien había ido allí a traducir un artículo de Hans-Joachim HIRSCH; era evidente que dominaba el alemán, pero también era una dama muy bonita (como lo es hoy). Me casé con Frau ZIFFER el "Día de San Patricio" de 1989, a mis 38 años, mientras que ella lucía con 26.[14] De esa unión nacieron nuestros hijos: Sofía María (Bonn, 1992), Marcelo Agustín (Buenos Aires, 1997) y María Lucía (Buenos Aires, 1998). Sería el destino de ellos hacer sus estudios primarios y secundarios (más allá del año y dos meses que cursaron en la ciudad de

[14] En razón de hallarse ocasionalmente en Buenos Aires, a la boda asistieron Wolfgang Schöne —el primer jurista alemán que yo había conocido en 1973—, así como también Eberhard y Eva Struensee, a quienes habíamos conocido dos días antes. Eva Struensee deparó elogios para el "Ave María", que, a pedido de la novia, había sido cantado en alemán.

Freiburg i.Br., de septiembre de 2006 a octubre de 2007, en la *Ana Frank Schule* y en el *Goethe Gymnasium*) en un colegio alemán del barrio de Belgrano, de Buenos Aires: la *Pestalozzi Schule*, a media cuadra de la cual residimos durante casi veinte años.*

C) El primer año de casado me había alentado a la redacción final de mi tesis doctoral ante la Universidad de Buenos Aires: "Disvalor de acción y teoría del ilícito (el dolo como caracterizador del ilícito)", aprobada en 1990 con la máxima calificación y recomendación al "Premio Facultad"[15]; como "Doktorvater" operó el procesalista Julio B. J. MAIER, uno de los maestros que más había insistido en que yo no abandonase el estudio del idioma alemán.

El grado de doctor me habilitó a postularme a una beca de la Fundación Alexander von Humboldt, para realizar una investigación sobre "la impunidad por desistimiento de la tentativa" en el *Rechtsphilosophisches Seminar* de la Universidad de Bonn, por entonces dirigido por Günther JAKOBS. En efecto, disfruté de tal honrosa beca alemana desde junio de 1991 hasta julio de 1993; pero dado que mi trabajo no estaba aún concluido, tuve que prolongar mi estancia en Alemania *a mi propia costa*, hasta diciembre de 1993. En el ínterin había nacido nuestra primera hija, en el *Evangelisches Krankenhaus* de Bad Godesberg (Bonn). El seguir viviendo en Bonn durante seis meses, por medios propios, "costaba una fortuna"; pero *valió la pena*.

Trabajar bajo las enseñanzas de JAKOBS dos años y medio fue una de las experiencias intelectuales más agradables y nutritivas de mi vida. ¿A qué más podía aspirar yo, cuando de pronto me veía en el seminario que había sido de WELZEL y Armin KAUFMANN, trabajando bajo la tutoría de un discípulo de WELZEL, el autor cuya lectura me había dado el impulso y entusiasmo necesarios para estudiar realmente Derecho? El arribo al seminario de JAKOBS no pudo ser más auspicioso. Dio la casualidad de que concluía el semestre de invierno, y se daba la última sesión del seminario, en la que el ponente debía exponer precisamente sobre la obra de ZIELINSKI. JAKOBS me presentó así: "hoy nos acompaña un profesor argentino, con su señora esposa, el que ha traducido al español ese libro". Claro que las ideas de JAKOBS distaban mucho de todo eso. Se avecinaban dos años de trabajo muy arduos, cargados de vívidas discusiones. En uno de los

* A fines de abril de 2018 volvimos a vivir a unos 300 m de la Facultad de Derecho, de donde nos habíamos mudado hacia Belgrano, a mediados de 1998.

[15] Publicada bajo el título *Teoría del delito y disvalor de acción. Un análisis de las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991 (reimpresión, 2001).

primeros encuentros con JAKOBS él narró la siguiente anécdota: "Una vez Armin Kaufmann defendió en el seminario de WELZEL la idea de que sólo el disvalor de acción fuese relevante. Al cabo de una ponencia brillante, WELZEL le dijo: 'Está muy bien, Herr Kaufmann, pero, dígame: ¿a quién le pertenece el cadáver entonces?' ". Yo estaba tentado a decirle: "Un cadáver ¡es *res nullius*!"; pero eso habría sido muy impertinente, por lo que, según recuerdo, opté por callar. Presumo que aquel episodio debía de haber sido muy importante para JAKOBS, porque dieciséis años después (2007), cuando durante la cena ofrecida por él con motivo de recibir el "ejemplar primo" de su libro de homenaje, tomó la palabra para hacer un extraordinario *racconto* de su vida académica —en un discurso lleno de gracia y elegancia—, narró nuevamente aquella anécdota, y hasta algunos comensales asintieron con un ligero movimiento de cabeza, como si *de veras* la pregunta de WELZEL implicase un "argumento". En aquella cena inolvidable, yo debía cerrar la jornada con unas palabras; tenía una gran ocasión de decir de una vez que un cadáver ¡es *res nullius*!* ; pero yo llevaba preparado un breve discurso serio y afectuoso, cuya lectura había practicado con el esmero que JAKOBS merecía (apenas me aparté un segundo del texto, para argumentar en favor de la relevancia de los cursos causales hipotéticos, basándome en que el civilista Heinrich LEHMANN, a quien JAKOBS había mencionado en su discurso, le había dado a la llamada "Hipótesis de la diferencia" un valor creciente en las sucesivas reelaboraciones de ENNECCERUS / LEHMANN: *Recht der Schuldverhältnisse*).

D) Bajo su tutoría escribí mi libro "Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa".[16] La tesis capital de esta obra rezaba: los puntos de partida de JAKOBS deberían llevarlo también a él a expulsar el resultado del ámbito del ilícito culpable, como lo demostraba —a mi juicio— su nueva posición (restrictiva) sobre la impunidad por desistimiento de la tentativa, conforme a la cual no se podía cultivar una dogmática regida por la máxima "*Ende gut, alles gut*" ("final bueno, todo bueno"; pero, en español, *no luce*).

Un grupo de juristas —entre los cuales se hallaban Manuel CANCIO MELIÁ y mi esposa, aunque también colaboraron no juristas— había ido preparando una versión alemana a la par que

* En verdad, no es del todo cierto que un cadáver califique como tal; no es, sin más, "una cosa de nadie", pues *no es pasible de apropiación*, sino que tiene su régimen jurídico propio, en parte también por respeto a la memoria y dignidad del fallecido. Sólo es "*res nullius*" en el sentido de que "no *pertenece* a nadie", mientras que JAKOBS había usado el verbo "*gehören*" (= pertenecer). Dicho en lenguaje coloquial: "¿de *quién es* el muerto?"; o bien, en traducción más libre: "¿quién *carga* con el muerto?"

[16] Publicada primeramente en Bogotá, 1995, y posteriormente en Buenos Aires, 2005.

yo escribía el manuscrito en español y revisaba esa traducción. Llegué al final de la estancia de investigación con ambas versiones finiquitadas. Aunque, de hecho, mi obra no contó con el beneplácito de JAKOBS, los juristas Wolfgang SCHÖNE y Eberhard STRUENSEE se ofrecieron a apoyar su publicación y a hacer una revisión completa de la redacción. La versión resultante fue publicada por Carl Heymanns Verlag en 1995.[17] En el instituto de JAKOBS no faltó quien le llamase a mi libro: "el Anti-Jakobs". El manuscrito de la versión española, cuyo título originario rezaba de modo algo diferente ("¿Fundamentación objetiva del ilícito en Jakobs?"), fue presentado como trabajo de tesis doctoral ante la Universidad Complutense de Madrid, en 1994, bajo la dirección del jurista español Enrique GIMBERNAT ORDEIG, con lo que obtuve un segundo título de doctor. También esta tesis recibió la máxima calificación de esa universidad: "apta *cum laude*".

E) Esas dos obras, mi 1.ª y mi 2.ª tesis, desarrollan un concepto de ilícito desprovisto de la "magia causal" del disvalor de resultado, algo que, a mi juicio, debería haber sido la conclusión del mismo WELZEL, aunque de hecho no haya sido así. ¿Por qué habría de elevarse el ilícito y la culpabilidad cuando la víctima muere varios meses después del hecho, en el hospital?, rezaba una significativa pregunta de Armin KAUFMANN. Pero mientras que en la 1.ª tesis yo seguía apegado aún a la posibilidad de que el autor pudiera obtener una impunidad por "desistimiento de la tentativa" aún después de haber asumido una posibilidad de consumación y perdido el control de revocación segura de la producción del resultado (tentativa acabada), y en tanto y en cuanto lograse *efectivamente* "evitar el resultado" —a la manera de la opinión dominante en Alemania—, en la 2.ª tesis, y sobre la base de un trabajo de JAKOBS[18], desarrollé la teoría de que una vez que el autor asume aunque más no fuese por un momento una chance de consumación, sólo queda la posibilidad de un "comportamiento *posterior al hecho*", con lo cual "el hecho" es *la tentativa acabada*; tras ésta, ya no hay posibilidad de "desistimiento": o bien hay consumación o bien tentativa fracasada (delito frustrado / *delit manqué*). A la tentativa *acabada* no le corresponde, así, ningún *minus* frente al "delito consumado", ni en el concepto de ilícito, ni en la posibilidad de desistimiento excusante. Éste opera sólo en el ámbito de la tentativa *inacabada*. Me resultó

[17] *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch. Zugleich eine Untersuchung der Unrechtslehre von Günther Jakobs*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1995.
[18] *Rücktritt als Tatänderung versus algemeines Nachtatverhalten*, en *ZStW*, t. 104 (1992), p. 82.

imposible hacerle ver a JAKOBS que entre su (nueva) solución *restrictiva* para el desistimiento de la tentativa y su teoría del ilícito "fiel al resultado" ("resultatista") había una contradicción.[19]

El desarrollo de ese punto de vista, que se lleva a cabo en mis dos trabajos principales en teoría de la imputación, si bien parte del patrimonio común de la escuela de Armin KAUFMANN y sus discípulos, probablemente se remonte a mis primeras intuiciones de la infancia y adolescencia. ¿Por qué razón un padre reacciona, en general, de modo más severo cuando un niño infringe una norma de cuidado (p. ej.: "no jugar a la pelota dentro de la casa"), si el niño efectivamente rompe un vidrio, que cuando el niño hace exactamente lo mismo, pero no rompe nada? ¿No se anidan aquí sentimientos atávicos de irritación y venganza, que deberían ser ajenos a un sistema de imputación racional?[20]

El punto de vista de que la producción de un resultado no puede aumentar el ilícito ni la culpabilidad sigue encontrando representantes de peso en la filosofía moral de lengua inglesa[21]; y hasta un adversario conspicuo de esa tesis, como Michael S. MOORE, denomina a ese punto de vista "la opinión ilustrada estándar".[22] Pero acaso se trate de un problema filosófico de respuesta eternamente abierta.

IV.

[19] Véase su crítica reciente a mi punto de vista en JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt a. M., 2012, p. 69. Según JAKOBS, afirmar que la culpabilidad de voluntad no conoce nada que sea "externo" sería contrario a una sociedad liberal. Pero tendría que sorprenderle a cualquiera que algo que sea "externo" asegure más un pensamiento imputativo "liberal", cuando no hay nada más "liberal" que la "libertad de voluntad". Los principios de una sociedad liberal, pues, no tienen nada que decir en contra de eso. Además, que el autor de un hecho intente un movimiento corporal y fracase ya al inicio —en la medida en que ese movimiento corporal habría sido riesgoso si se hubiera logrado llevarlo a cabo— está en situación similar a la de un omitente que cree erróneamente que se da una situación fáctica en la que él estaría en posición de garante, si tal situación existiese efectivamente. JAKOBS considera punible —como tentativa por omisión— este último caso. Pero, entonces, él, que —con razón— no ve ninguna diferencia esencial entre *comisión* y *omisión*, tampoco puede ver ninguna objeción en que "sin nada externo" pueda haber un hecho "socialmente relevante", en la medida en que la representación del autor que acompaña a su acción o a su omisión sea percibida por la sociedad como conmovedora de la confianza en la norma como modelo de orientación para el contacto social.

[20] Cf. SANCINETTI (*infra*, como en nota 30).

[21] En tiempos recientes, sobre todo ALEXANDER/KESSLER FERZAN, *Crime and Culpability. A Theory of Criminal Law*, Cambridge University Press, 2009 ("Results don't matter"); cf. también FEINBERG, "Criminal Attempts: Equal Punishments for Failed Attempts" en FEINBERG, *Problems at the Roots of Law. Esseays in Legal and Political Theory*, Oxford University Press, 2003, pp. 77 ss. Anteriormente, ya HART, *Intention and Punishment*, ahora en *Punishment and Responsability*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 131.

[22] MOORE, *Placing Blame. A Theory of Criminal Law*, Oxford, 1997, esp. pp. 191 ss.

A) Al regreso de mi estancia de investigación en Alemania, en 1994, retomé mi cátedra en la Universidad de Buenos Aires, en la que accedí al grado de "profesor titular" en sentido estricto, en 1996, que mantengo hasta el presente[23]; esta vez obtenía el primer lugar en el orden de mérito de un nuevo concurso. Casi a la par, mi esposa accedía también a la *venia legendi* en Derecho Penal y Procesal Penal como "profesora adjunta por concurso", ubicada asimismo en el primer puesto, compartido con mi discípulo y amigo común, Gustavo BRUZZONE. Durante los ciclos lectivos de 1996 y 1997 fui también profesor titular de la Universidad Torcuato Di Tella, hasta que dejé ese puesto en manos de mi entonces prometedor discípulo Marcelo FERRANTE, quien hizo allí una carrera brillante.

Paralelamente debí seguir ejerciendo la abogacía en forma solitaria, en parte en la elaboración de dictámenes o asesoramiento de otros colegas. Desde el año 2003 hasta el presente, me desempeño como abogado en un estudio jurídico-penal integrado, junto con el colega y amigo de la Universidad de Buenos Aires, Prof. Dr. Daniel R. PASTOR —también ex becario Humboldt—, el profesor adjunto interino de mi cátedra, Gustavo F. TROVATO —ex alumno de mis primeros cursos y queridísimo amigo— y la brillante asistente de mi cátedra, ex alumna de mi esposa y de mí mismo, María Soledad ACCETTA.[24]

Desde 2009 y especialmente desde 2010, me desempeño a la vez como profesor titular de "Derecho Penal y Contravencional" en el Instituto Superior de Seguridad Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la que se forman los cadetes que egresan como oficiales de la Policía de la Ciudad (antes: Policía Metropolitana); en esta misión alterno las enseñanzas de Derecho con reminiscencias de mis años de cadete del Liceo Militar. Me mido con los jóvenes, a ver "quién sabe desfilar mejor" o cantar las canciones patrias con "voz más altisonante".*

[23] En la Universidad de Buenos Aires uno nunca tiene su cargo de profesor "de manera definitiva", sino que cada *siete años* debe presentarse a un concurso (de antecedentes y oposición) para renovar su condición de profesor. En ese concurso el titular puede fracasar y ser desplazado por otro candidato. La última vez que tuve que exponerme a un tal concurso fue el 25/11/2014, en el que retuve mi cátedra, con una exposición sobre "La tentativa inidónea". Ya por razones de edad, ahora sí tendré mi cátedra en forma definitiva, pues a más tardar al alcanzar setenta años uno debe retirarse de la vida académica activa, lo que ocurriría en mi caso a fines de 2020, si es que mi vida no acaba antes.

[24] De 2003 a 2005 integraba el estudio Andrea Casaux; de 2006 hasta hoy la firma se denomina: *Sancinetti / Pastor / Trovato & Accetta - Abogados*.

* Desde 2016, en los primeros semestres de cada año, llevo también un curso de Parte Especial en la Universidad de San Andrés, para lo cual me asisten varios de mis discípulos, ya distinguidos juristas.

B) Desde mis tiempos de Bonn hasta el presente, he disfrutado de otras dos estancias de investigación en Alemania, como acompañante de mi esposa, que primeramente fue becaria del Instituto Max Planck (Freiburg i. Br.), en un breve período de 1995 (en tiempos en que era dirigido por Albin ESER), de lo que derivó su libro sobre "Lineamientos de la determinación de la pena"[25], y muchos años después (2006-2007), tras haberse doctorado en 2005 con un trabajo sobre "El delito de asociación ilícita"[26], también ella obtuvo una beca Humboldt, para investigar nuevamente en Freiburg, sobre "Sicherungsverwahrung"[27], pero en esta ocasión en el Instituto de Teoría del Derecho de la Universidad de Freiburg, bajo la tutoría de su director, Wolfgang FRISCH.

En este último período —y tras superar un infarto al corazón, por el que fui socorrido por la *Deutsches Rotes Kreuz*, trasladado de urgencia al *St. Josefskrankenhaus* en Freiburg, donde fui atendido exitosamente, y tras un período de rehabilitación en *Klinik Baden*, de Bad Krozingen, todo a resguardo de la fiable compañía *Die Continental Versicherung*[28]— recibí una Wieder-Aufnahme (beca de re-invitación) de la Fundación Humboldt (bajo la tutoría de Prof. Dr. FRISCH), para realizar una investigación sobre la relevancia de los cursos causales hipotéticos, de lo que resultó mi trabajo "*Hypothetische Kausalverläufe und die Differenztheorie*" [Cursos causales hipotéticos y la teoría de la diferencia].[29] La idea central es similar a la de SAMSON y otros autores que le dan relevancia a los cursos causales hipotéticos; la innovación consiste en argumentar a partir de la doctrina alemana del Derecho de las Obligaciones que, con raíces en Friedrich MOMMSEN, defiende la llamada "Hipótesis de la diferencia". Además de la buena disposición del Prof. FRISCH, conté también con el amplio apoyo del Instituto Max-Planck, dirigido ya por Ulrich SIEBER.

---

[25] ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996; 2.ª edición, 1999.
[26] ZIFFER, *El delito de asociación ilícita*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006.
[27] De aquí derivó su obra ZIFFER, *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.
[28] Además de a todas estas instituciones, el autor agradece la humana y eficiente asistencia de: Dr. med. J. Ziupa (médico de cabecera), Dr. med. R. Gansser, Dr. med. K. Goetz, Dr. med. R. Safaie, Prof. Dr. med. J. Zähringer y asistente social E. Hatzfeld (*St. Josefskrankenhaus*); Dr. med. I. Müller, Dr. psic. Welsch (*Klinik Baden*); Sr. Richter (*Die Continental Versicherung*); también agradece a los médicos argentinos que contribuyeron a mi recuperación a la distancia: E. Meiller y R. García Eleisequi. En 2008 el autor fue sometido a una operación de carótida en el Hospital Alemán de Bs. As., por lo que agradece especialmente a los médicos A. Ceciliano, Guzmán Lopardo, F. Dekétèle y al cirujano B. Mancini.
[29] *ZStW*, t. 120 (2008), pp. 661/703, versión alemana de KLIEGEL.

C) En el año 2010 fui galardonado con un título de doctor *honoris causa* por la Universidad de la Cuenca del Plata (Corrientes, Argentina, *Laudatio* a cargo del Prof. Daniel DOMÍNGUEZ HENAÍN), de lo que derivó mi *lectio doctoralis*: "El pensamiento de la Ilustración y el llamado 'principio de lesividad'", publicada hace poco tiempo en lengua alemana.[30] El grupo de juristas del nordeste argentino al que debo esa distinción ya me había honrado en 2005 al promover mi designación como profesor honorario de la Universidad Nacional del Nordeste (Corrientes), una universidad pública de gran incidencia en la zona de Corrientes, Chaco, Formosa y Misiones.

Otras contribuciones publicadas en alemán se hallan en los libros de homenaje a Claus ROXIN (2001), Günter JAKOBS (2007) y Wolfgang FRISCH (2013). En el primero de estos trabajos se halla una defensa "de la solución de la tentativa" para el caso del "*dolus generalis*"; en el segundo se intenta argumentar en contra de la relevancia del disvalor del resultado a partir de la teoría de la atipicidad por disminución del riesgo; en el tercero de ellos se defiende la tesis de que un testimonio único nunca puede ser suficiente para formar una convicción subjetiva racionalmente fundamentable.

D) El cometido principal de mis investigaciones entre los años 2010 y 2013 fue la realización de un extenso dictamen para la Conferencia Episcopal Argentina, por encargo de su entonces presidente, Su Eminencia Reverendísima, Cardenal *Jorge Mario Bergoglio* (hoy Su Santidad: *Francisco*, Papa) sobre un caso judicial tramitado en los tribunales de la Provincia de Buenos Aires, en el que un sacerdote fue acusado por tres jóvenes de haber sido abusados por él, resultando absuelto por las imputaciones de dos de ellos y condenado por la de uno (los procesalistas modernos, basándose en conocimientos de la psicología cognitiva, denominan a esto el vicio del "efecto de una solución por contraste y compromiso", lo que a su vez es una de las formas de "ponerle el hombro al Ministerio Público"). El caso surgió como consecuencia de un "programa de televisión"; los supuestos abusados nunca le habrían contado nada a nadie sobre los hechos que presentaron como ocurridos muchos años antes. He escrito sobre este caso cinco volúmenes, que suman unas 3.200 páginas.[31]

---

[30] "Das Denken der Aufklärung und das sogenannte Verletzungsprinzip", en VORMBAUM (comp.), *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte*, t. 12, Hagen, 2012, pp. 267/299, versión alemana de KLIEGEL.

[31] SANCINETTI, *Estudios sobre el "Caso Grassi"*, tomos I (2010), II/A (2011), II/B-1 y II/B-2 (2012), III (2013); hasta el momento, esta obra es de conocimiento exclusivo de la Conferencia Episcopal Argentina y autoridades del Vaticano. Sí es

Este trabajo me ha llevado a incursionar en "psicología de la declaración" y en la racionalización de estándares probatorios, con mayor intensidad de lo que ya había hecho en dictámenes profesionales anteriores, de cierta complejidad fáctica, pero en los que el "hecho principal" estaba claro, y sólo era oscura la autoría del hecho y mucho más difusa aun la supuesta responsabilidad de "instigadores".[32]

E) Mi lista de publicaciones no es extensa, en comparación con la que puede tener un colega alemán prolífico, una vez pasados los sesenta años. He escrito algo más de diez libros y poco más de cincuenta artículos, más allá de algunos comentarios bibliográficos.

Una prolongada tradición de los dogmáticos de lengua española consiste en levantar puentes con la cultura alemana *también por medio de traducciones*, y no sólo de investigaciones personales, en la consciencia de que el hacer accesible al público hispano-hablante al menos una parte de la ciencia jurídico-penal alemana puede ser un aporte más importante para el círculo al que pertenecemos que lo que pueden brindar nuestras propias obras.

En este sentido, he traducido —en algunos casos solo, en otros en conjunto o bien con la colaboración de otros colegas, como María de las Mercedes GALLI, Patricia ZIFFER, Marcelo LERMAN, José BÉGUELIN, Leandro DIAS y Manuel CANCIO MELIÁ—, obras capitales del pensamiento jurídico-penal alemán, en la forma de monografías, manuales y artículos, algunos de éstos compilados en libros de conjunto.

---

de conocimiento público que al autor le ha sido encomendado emitir una opinión sobre el caso, según su leal saber y entender. Tras la finalización del dictamen y la entrega del último volumen a la Conferencia Episcopal Argentina, el autor ha sido recibido en audiencia privada por S. S., Francisco, el 31/8/2013 (Casa de Santa Marta, Ciudad del Vaticano), al sólo efecto de expresar mi beneplácito por el haberme sido encargado un trabajo tan consustanciado con los valores más elevados de la cultura humanista: la pureza, el honor, la verdad, que tanto los creyentes de todos los credos como los agnósticos y ateos reconocen como moralmente vinculantes. Reservo para mis propios recuerdos los contenidos de las conversaciones con quien en su momento fuera el Arzobispo Bergoglio y es hoy el Papa Francisco. Pero sí puedo participarle al prójimo una semblanza general de cómo es conversar con él. Uno puede ir "de aquí hacia allá", tanto en los interrogantes nucleares sobre la existencia de Dios, sobre si la presencia de Dios "está allí", cerca del alma, como tratar con él angustias personales, problemas particulares, o cambiar frontalmente hacia las vivencias emocionales del deporte; p. ej., "hablar de fútbol" (el Papa y el autor son simpatizantes del mismo club de fútbol de la Argentina: *San Lorenzo de Almagro*).

[32] Fue de conocimiento público y muy utilizado por defensores oficiales, mi dictamen sobre el "caso Cabezas": SANCINETTI, *Análisis crítico del caso "Cabezas"*, tomo I: *La instrucción*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, tomo II: *El juicio,* Buenos Aires, Ad-Hoc 2002, así como también el estudio particular *La nulidad de la acusación por indeterminación del hecho y el concepto de instigación – Diálogos de seminario a propósito del caso "Cabezas"*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.

F) El último vínculo que un jurista nutrido en la cultura alemana puede hacer fructífero para la posteridad es el aliento a sus discípulos a que devengan en becarios alemanes, particularmente del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD), con el fin de preparar sus tesis doctorales, y postularse ulteriormente a una beca Humboldt, de tal modo de "mantener viva" la llama de la tradición de una dogmática jurídico-penal argentina ligada al pensamiento jurídico-penal alemán.

Con esa idea, he apoyado la postulación como becarios DAAD, finalmente exitosa, de brillantes discípulos, como Fernando J. CÓRDOBA, Marco CERLETTI y Guillermo ORCE (en Bonn, bajo la tutoría científica del Prof. JAKOBS); Marcelo D. LERMAN y Andrea Paola DROPULICH (en Regensburg, bajo la del Prof. Pawlik); José BÉGUELIN y María de las Mercedes GALLI (en Düsseldorf, bajo la del Prof. FRISTER). Todos mis discípulos han sido atendidos con gran generosidad por los colegas alemanes anfitriones de cada caso: una constante que tanto mi esposa como yo ya habíamos experimentado más de una vez; no conocemos ningún caso que haga excepción a esa regla.

ORCE, LERMAN y DROPULICH obtuvieron en Alemania el título de Magister. CÓRDOBA[33] y LERMAN[34] presentaron su tesis doctoral en Buenos Aires, accediendo al título de Doctor. De los demás, espero aún ansioso sus contribuciones científicas.

Pero no he de desmerecer a los muy buenos discípulos que he tenido —bien numerosos—, y que no han podido hacer el esfuerzo de aprender alemán o de postularse a una beca y trasladarse a Alemania para investigar allá. También éstos han abrevado en las aguas de la doctrina alemana, al menos la vertida al español, y se han destacado con contribuciones crítico-racionalistas de envergadura. No puedo mencionar a todos ellos nominalmente.

Otros discípulos que originariamente asistían a mis seminarios se abrieron luego un camino propio, y carezco de mérito en sus realizaciones. Así se doctoraron en el extranjero los siguientes

[33] CÓRDOBA, *La evitabilidad del error de prohibición*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
[34] LERMAN, *La omisión por comisión*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013. LERMAN ha sido posteriormente también "becario Humboldt", en una estancia de investigación de seis meses, en la Universidad de Freiburg, con el Prof. PAWLIK.

juristas: Marcelo FERRANTE[35] (Ph. D. in Law, Yale University), Mariana SACHER[36] (Dr. iur. Universität München), Alejandro KISS[37] (Dr. iur. Universität Münster), Letizia G. SEMINARA[38] (Dottore di Ricerca in Ordine Internazionale e Diritti Umani [Doctor en orden internacional y derechos humanos], Universidad de Roma La Sapienza, y Docteur en Droit comparé [Doctor en derecho comparado], Universidad de Estrasburgo Robert Schuman [doctorado en co-tutela]) y Alejandro CHEHTMAN[39] (Ph. D. in Law, London School of Economics). FERRANTE y CHEHTMAN son actualmente profesores de la Universidad Torcuato Di Tella (Buenos Aires); Mariana SACHER prepara su escrito de habilitación profesoral, bajo la tutoría del Prof. Dr. Bernd SCHÜNEMANN; Letizia SEMINARA es asistente científica de Derecho Internacional y Derecho de la Unión Europea en la Universidad "Kore" de Enna (Italia) y Alejandro KISS se desempeña como calificado Jefe de Operaciones Judiciales, en el Tribunal Penal Internacional.

Los vínculos con Alemania produjeron también que mis cursos de la Universidad de Buenos Aires fueran visitados ocasionalmente por estudiantes alemanes, entre los cuales recuerdo a Sophia LENHARDT (proveniente de Berlín, 2001), Thomas KLIEGEL (de Münster, 2003, con el tiempo asistente de Prof. Dr. FRISTER, en Düsseldorf, donde obtuvo su título de Doctor), Lars HAMSEN[40] y Sven SCHIFFNER (de Münster, 2007), Cora HEIDER (de Passau, 2010), David BIEGER (de Bonn, 2011) y Nicola KLEE (de Mannheim, 2015); en 2001 también visitó mis clases universitarias la estudiante de traductorado Sabine FLACKER (Köln). En nuestro Estudio Jurídico hicieron pasantías (Wahlstation Referendariat) Thomas KLIEGEL (2009), Verena MERTENS (2009), María Alicia KÖPPEN (2012) y Laura ECKES (2014). Con Thomas KLIEGEL se trabó un intenso vínculo de amistad; a él debo valiosas traducciones de artículos de mi autoría y otras colaboraciones; también me conectó con Thomas WOSTRY (Düsseldorf), a quien debo otras traducciones. Ellos sucedieron así las tareas que anteriormente hacía en mi favor el hoy catedrático español Manuel CANCIO MELIÁ (Universidad Autónoma de Madrid), pues yo nunca podría escribir por mí mismo

[35] FERRANTE, *Punishment for Results. The Quest for a Justification*, Yale Law School, New Haven, Connecticut, 2005. Los dos argumentos principales fueron publicados en FERRANTE, "Deterrence and Crime Results", en *New Criminal Law Review*, vol. 10.1 (2007), pp. 1-77; *ídem*, "Recasting the Problem of Resultant Luck", en *Legal Theory*, vol. 15.4 (2009), pp. 267-300.
[36] SACHER, *Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand*, Dunker & Humblot, Berlín, 2006.
[37] KISS, *El delito de peligro abstracto*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011 (original de la disertación: *Das abstrakte Gefährdungsdelikt*, Universität Münster, 2006).
[38] SEMINARA, *Les effets des arrêst de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2009.
[39] CHEHTMAN, *The Philosophical Foundations of Extraterritorial Punishment*, Oxford University Press, 2010.
[40] Lamentablemente, este joven falleció en la Argentina como víctima de un trágico accidente de tránsito, en 2007.

directamente en lengua alemana (que no fuese de manera "cuasi-incomprensible" y con graves errores gramaticales).

G) Mi última experiencia de intercambio fructífero con el mundo académico alemán, ha derivado de una invitación del Prof. Dr. Andreas HOYER (Kiel) a dar una conferencia en su curso de ejercicios para estudiantes, el 23/6/2015, en el contexto de la llamada "Semana de Kiel": "Der Handlungsunwert als Grundlage einer rationalen Strafrechtsdogmatik", que fue recibida con beneplácito por los estudiantes, aunque discutida por el colega Manfred HEINRICH. A su vez, los colegas Helmut FRISTER y Erich HILGENDORF me habían invitado también para que, tras la "Semana de Kiel", reprodujera esa conferencia en el marco de sus institutos de Düsseldorf y Würzburg. Fueron en conjunto quince días maravillosos, aunque la discusión fue "compleja" en todas partes. Yo no iba a perder una ocasión de volver a abogar, con un texto completamente nuevo, sobre la "centralidad" del disvalor de acción en la imputación jurídico-penal.[41]

La última "tropa de discípulos" que visitaron Alemania se debe a la generosidad del colega Eric HILGENDORF, que apoyó la participación de cuatro de mis seguidores en la "Escuela de Verano" de Würzburg/2015. En efecto, bajo el patrocinio de la asociación *Juristen Alumni Würzburg* fueron acogidos en un curso de "Introducción al Derecho Penal alemán", dictado en inglés, del 13 al 17/7/2015, ante un conjunto multicultural e internacional de jóvenes, mis discípulos: María Fernanda Prack, Antonella Donnes, Leandro Dias y Juan Nascimbene, quienes volvieron encantados por la hospitalidad con que fueron recibidos y por el incremento de su formación jurídica.[*]

H) Gracias a las múltiples estancias de investigación en Alemania y a mis humildes publicaciones he podido trabar contacto también con numerosos juristas extranjeros, de Brasil, Chile, Colombia, España, Italia, México, Paraguay, Perú, Uruguay y otras latitudes. Por haber dado una breve conferencia sobre la doctrina subjetiva del ilícito en el Instituto Max Planck de Freiburg (2007) tuve la suerte de conocer a la joven jurista italiana Kolis SUMMERER (por entonces: Universidad de Bologna; hoy "profesora adjunta" de la Universidad de Bolzano), quien,

[41] Debo la versión alemana de ese texto nuevamente a Thomas Kliegel; por la ayuda para la discusión, respecto del idioma, quedo agradecido a Thomas Wostry (Düsseldorf) y Tilmann Gauß (Würzburg).

[*] Esto fue continuado en los años 2016, 2017 y 2018, respecto de otros 24 jóvenes juristas (5, 9 y 9, respectivamente), que no siempre provenían de mi cátedra ni todos residían en Buenos Aires.

por su dominio del alemán y del español, conocía de antemano buena parte de mis publicaciones. Además de la versión italiana de mi contribución al homenaje a JAKOBS[42], a ella debo una de las frases más conmovedoras de mi carrera de profesor, cuando, sabiendo ella lo que WELZEL había significado para mí, me dijo un día por *e-mail*: "Ud. es el mío WELZEL". Otra frase honrosa debo a palabras de la señora Ulrike JAKOBS, dichas en un simposio de ex becarios Humboldt organizado en Mar del Plata en 1997, poco antes de una breve ponencia a mi cargo: "Mein Mann ist sehr stolz auf Sie".

V.

Lista de publicaciones principales:

A) Libros:

– *Derechos humanos en la Argentina postdictatorial*, Buenos Aires, Lerner, 1988.

– *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991 (reimpresión, 2001).

– *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Bogotá, Temis, 1995; Buenos Aires, Hammurabi, 2005. Versión alemana de esta obra: *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, trad. de M. CANCIO y otros, Carl Heymanns Verlag, Köln y otras, 1995.

– (En coautoría con Marcelo FERRANTE) *El derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el derecho penal en las transiciones democráticas. Argentina*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999. Versión alemana de Norbert Lösing: *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse. 3 Argentinien*, Iuscrim, Freiburg i.Br., 2002.

[42] "Principio della diminuzione del rischio *versus* rilevanza del disvalore d'evento nella teoria dell'illecito", en *L'Indice Penale*, 2008, n.º 1, pp. 377/395.

– *Análisis crítico del caso "Cabezas"*, t. I, *"La instrucción"*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, t. II, *"El juicio"*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.

– *La violación a la garantía de la imparcialidad del tribunal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2001.

– *Dogmática del hecho punible y ley penal / Dogmatik der Straftat und Strafgesetz* (Edición bilingüe / Zweisprachige Ausgabe), Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003 (un producto derivado de la versión resumida: "Dogmatische Grunderfordenisse eines Allgemeines Teils aus argentinischer Sicht. Mindestanforderungen an die Regelung im Allgemeinen Teil der Strafgesetzbücher", en: *Hirsch* [comp.], *Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften?*, Duncker & Humblot, Berlín, 2001, S. 169/173).

– (En coautoría con María Angélica GELLI) *Juicio político. Garantías del acusado y garantías del Poder Judicial frente al poder político. La defensa del juez Antonio Boggiano*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.

– *Casos de derecho penal*, 3.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2005-2006 (2.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1986; 1.ª ed., Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975).

– *Causalidad, riesgo e imputación* (compilador / traductor / autor), Buenos Aires, Hammurabi, 2009. Contiene tres artículos propios, dos de ellos publicados primeramente en alemán, y traducciones de W. Frisch, H. Frister, R. Honig, A. Hoyer, G. Jakobs, Art. Kaufmann, U. Kindhäuser, M. L. Müller, I. Puppe, E. Samson, F. Schaffstein, F.-C. Schroeder, G. Stratenwerth y W. Wachsmuth / H. L. Schreiber (con la co-traducción parcial y revisión de las traducciones por Marcelo D. Lerman y Patricia S. Ziffer).

B) Artículos publicados en alemán:

– *Entwicklung der Menschenrechte in Argentinien nach der Diktatur* (reelaboración de una conferencia dada el 29/3/1988, en el *Institut für Soziologie der Université des Sciences Humaines in Strassbourg*), en: "Lateinamerika",N.° 11/12 (1989), pp. 47-57, versión alemana de Franz-B. Marré y Ernesto Garzón Villada.

– *„Dolus generalis" und „strafrechtliches Glück"*, en: *Schünemann* y otros, *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin-New York, 2001, pp. 349/364, versión alemana de Manuel Cancio Meliá.

– *Politische Verfahren gegen Richter des Argentinischen Obersten Gerichthofes / Juicios políticos a jueces de la Corte Suprema de Justicia en Argentina* (versión alemana de *Thomas Kliegel*), publicado en ambos idiomas en: "El dial – Biblioteca Jurídica online" (www.eldial.com - elDial-DC82F - elDial-DC82E), 13/3/2006; también en la revista electrónica suiza: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_03.

– *Risikoverringerungsprinzip versus Relevanz des Erfolgsunwertes in der Unrechtslehre*, en *Pawlik* y otros: *Festschrift für Günther Jakobs*, Köln u. a., 2007, pp. 583/604, versión alemana de *Manuel Cancio Meliá* (Madrid); publicada también en italiano en la revista L'Indice Penale, en la versión de Kolis Summerer.

– *Hypothetische Kausalverläufe und die Differenztheorie*, en: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), t. 120 (2008), pp. 661/703, versión alemana de Thomas Kliegel.

– *Das Denken der Aufklärung und das sogenannte „Verletzungsprinzip"*, en Thomas Vormbaum (comp.), Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte, t. 12, Hagen, 2012, pp. 267/299, versión alemana de Thomas Kliegel.

– Die einzelne Zeugenaussage und das Zweifelsprinzip, en *Freund* y otros: *Festschrift für Woflgang Frisch*, Berlín, 2013, pp. 1233/1253, versión alemana de Thomas Wostry.

C) Traducciones:

– De Diethart ZIELINSKI: *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito* (*Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlín 1973), Buenos Aires, Hammurabi, 1990.

– De Günter STRATENWERTH: *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho Penal* (contiene dos artículos del autor: su lección inaugural y su contribución a *FS Schaffstein*), Buenos Aires, Hammurabi, 1990; reimpresión 2006 (traducido en conjunto con Patricia S. Ziffer).

– De Eberhard STRUENSEE: *Dolo, tentativa y delito putativo* (traducción de dos artículos: *Versuch und Vorsatz - Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität*), Buenos Aires, Hammurabi, 1992.

– De Günther JAKOBS: *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición* (*Zum Unrecht der Selbsttötung auf Verlangen*, en *FS Arthur Kaufmann*, 1993, pp. 133 ss.), publicado en forma autónoma en la serie "Cuadernos de Conferencias y Artículos", Universidad Externado de Colombia, 1996,

N.º 4, 32 páginas y como artículo en la "Revista Peruana de Ciencias Penales" (traducido en conjunto con Manuel Cancio Meliá).

– De Günter STRATENWERTH: *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?* (*Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?*, Berlín-Nueva York, 1995), publ. en la serie "Cuadernos de Conferencias y Artículos", Universidad Externado de Colombia, 1996, N.º 8; publ. también como artículo en la revista "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal".

– De Manfred MAIWALD: *Conocimiento del ilícito y dolo en el derecho penal tributario* (*Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrechts*), Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.

– De W. NAUCKE / H. OTTO / G. JAKOBS / C. ROXIN: *La prohibición de regreso en derecho penal* (recopilación de diversos artículos de estos autores), Universidad Externado de Colombia, 1998 (traducido en conjunto con Manuel Cancio Meliá).

– De Erich SAMSON: *Cursos causales hipotéticos en el derecho penal. Una contribución sobre la causalidad de la complicidad* (*Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe*, Frankfurt a. M., 1972), Buenos Aires, Hammurabi, 2003 (traducido en conjunto con Patricia Ziffer).

– De Diethart ZIELINSKI: *Dolo e imprudencia* (*AK-StGB, Zielinski*, 1990), Buenos Aires, Hammurabi, 2003.

– De Günter STRATENWERTH: *Derecho Penal. El hecho punible. I* (*Strafrecht. Die Straftat. I*, 2000, 4. ed.), Buenos Aires, Hammurabi, 2005 (568 páginas); Civitas, Madrid, 2005 (traducido en conjunto con Manuel Cancio Meliá).

– De Ingeborg PUPPE: *La distinción entre dolo e imprudencia – Comentario al § 15 del Código Penal alemán* (*NK-Puppe*, § 15 StGB, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2009), Buenos Aires, Hammurabi, 2010 (con "apéndice legislativo"). Revisión de la traducción por María de las Mercedes Galli.

– De Helmut FRISTER: *Derecho penal – Parte general* (*Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Verlag C. H. Beck, 4. ed. 2009), Buenos Aires, Hammurabi, 2011. Revisión de la traducción por María de las Mercedes Galli.

– De Eric HILGENDORF y Brian VALERIUS: *Derecho penal – Parte general* (*Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Verlag C. H. Beck, 2. Aufl. 2015), Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017 (traducido en conjunto con Leandro Dias).

En su conjunto, ha traducido artículos o partes de comentarios al StGB publicados en español en revistas o en forma de opúsculos, de los autores: Gerhard Dornseifer, Wolfgang Frisch, Winfried Hassemer, Rolf D. Herzberg, Thomas Hillenkamp, Hans Kudlich, Günther Jakobs, Norbert Lösing, Manfred Maiwald, Wolfgang Mitsch, Harro Otto, Michael Pawlik, Ingeborg Puppe, Claus Roxin, Günter Stratenwerth, Eberhard Struensee, Uwe Wesel, Diethart Zielinski.*

* Este último párrafo fue suprimido en la versión alemana ya publicada, tal vez por la superposición parcial con la lista de traducciones precedente.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año V, número 8, pp. 35-39

Columnas

CORTE PENAL INTERNACIONAL: REFORMAS PENDIENTES

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

Fecha de recepción: 10 de mayo de 2019
Fecha de aprobación: 15 de mayo de 2019

El reciente pedido de cuatro ex presidentes[1] de la Asamblea de los Estados Partes de la Corte Penal Internacional (CPI) de una "evaluación independiente" a esta por parte de un pequeño grupo de expertos es la consecuencia de las numerosas decisiones judiciales controvertidas de la Corte, pero sobre todo de sus manifiestos problemas de transparencia y rigor en la toma de decisiones y de eficacia en los procesos de trabajo. En resumen, de los problemas de gestión de la Corte. Probablemente la decisión[2] (12/04/19) más controvertida sea la reciente negativa de los jueces a autorizar a la Fiscalía a abrir una investigación sobre los crímenes cometidos en Afganistán por los talibanes, las fuerzas afganas y las estadounidenses, entre otros. La Sala de Cuestiones Preliminares, integrada por tres jueces, fundamentó su decisión con una interpretación amplia del ya en sí mismo vago concepto de "interés de la justicia", subrayando la falta de cooperación de los Estados afectados (EE. UU. y Afganistán) y, por lo tanto, las escasas probabilidades de éxito de dicho procedimiento. De esa forma, la Sala convierte la "justicia", cuyos "intereses" están aquí en juego, en una cláusula de eficiencia utilitaria. Es decir, en algo que ya no constituye un valor en sí mismo, sino que debe medirse en función de las meras perspectivas de éxito. Esto no solo resulta categóricamente erróneo, sino también poco compatible con el texto de la disposición pertinente

* Catedrático (Prof. titular) de derecho penal, derecho procesal penal, derecho comparado y derecho internacional (penal) en la Georg-August-Universität (GAU) Göttingen. Magistrado del Tribunal Especial para Kosovo. *Amicus curiae* de la Jurisdicción para la Paz, Colombia. Director del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL). Versión original publicada en Frankfurter Allgemeine Zeitung, 6/6/2019. Traducción del alemán por Rodolfo González Espinosa (doctorando en la GAU). Revisión por Gustavo Urquizo (LL. M., doctorando y docente en la GAU).

[1] Ver https://www.atlanticcouncil.org/blogs/new-atlanticist/the-international-criminal-court-needs-fixing [enlace verificado el 20 de mayo de 2019].

[2] Ver www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_02068.PDF [enlace verificado el 20 de mayo de 2019].

del Estatuto de Roma —ER— (Art. 53(1) (c)). Pues de acuerdo con este precepto, los "intereses de la justicia" deben determinarse, entre otros, en función de la gravedad de los crímenes y de los intereses de las víctimas. Sin embargo, ambos criterios llevan precisamente al resultado inverso, porque la gravedad de los crímenes es reconocida por la propia Sala y los intereses de las víctimas se manifiestan en su participación significativa en el procedimiento preliminar ante la Fiscalía, donde cientos de ellas proporcionaron evidencia sobre hechos penalmente relevantes. No obstante, al abordar el controvertido concepto de los "intereses de la justicia", la Sala apenas muestra conciencia del problema. Después de todo, no es sorprendente que la decisión haya sido rechazada[3] unánimemente en el debate[4] que se produjo en el ámbito del derecho penal internacional.[5] La reciente decisión[6] de la Sala de Apelaciones (del 6/05/19), que negó la inmunidad personal del ex presidente sudanés Al-Bashir interpretando la regla de no inmunidad del art. 27 del Estatuto de la CPI como parte del derecho consuetudinario, también ha sido objeto de algunas críticas[7], pero en última instancia merece aprobación[8], pues confirma la tendencia[9] del derecho penal internacional hacia una prohibición de la inmunidad con respecto a crímenes internacionales.

En cualquier caso, las decisiones judiciales siempre generan críticas y, de hecho, son objeto de controversia académica. Por consiguiente, el principal problema de la Corte no son las decisiones judiciales, sino los ya mencionados problemas de gestión. Los fracasos de la Fiscalía son notorios y las críticas a la Fiscal Jefe Fatou Bensouda —generalmente ausente— y a la falta de capacidad de investigación de la Fiscalía son cada vez mayores. Los jueces discuten públicamente, p. ej., sobre el nombramiento del presidente de la Sala de Apelaciones; critican las decisiones en las que ellos mismos han participado; otros se quejan de que su sueldo es demasiado bajo. El escándalo más

[3] Ver https://www.ejiltalk.org/not-just-another-crisis-could-the-blocking-of-the-afghanistan-investigation-spell-the-end-of-the-icc-part-i/ [enlace verificado el 20 de mayo de 2019].
[4] Ver https://www.ejiltalk.org/the-icc-pre-trial-chamber-decision-on-the-situation-in-afghanistan-a-few-thoughts-on-the-interests-of-justice/ [enlace verificado el 20 de mayo de 2019].
[5] Ver https://www.justsecurity.org/63622/the-international-criminal-court-decision-on-afghanistan-time-to-start-a-new-conversation/ [enlace verificado el 20 de mayo de 2019].
[6] Ver https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_02856.PDF [enlace verificado el 20 de mayo de 2019].
[7] Ver https://www.ejiltalk.org/reforming-the-international-criminal-court-is-it-time-for-the-assembly-of-state-parties-to-be-the-adults-in-the-room/ y https://www.ejiltalk.org/icc-appeals-chamber-holds-that-heads-of-state-have-no-immunity-under-customary-international-law-before-international-tribunals/ [enlaces verificados el 20 de mayo de 2019].
[8] Ver https://voelkerrechtsblog.org/the-climax-of-the-al-bashir-saga/ [enlace verificado el 20 de mayo de 2019].
[9] Ver www.toaep.org/ops-pdf/8-kress [enlace verificado el 20 de mayo de 2019].

reciente sobre la jueza japonesa Ozaki, p. ej., es francamente absurdo: durante los actuales procedimientos contra el líder de la milicia congoleña Ntaganda, ella aceptó inicialmente un trabajo como embajadora de Japón en Estonia sin renunciar a su cargo judicial, lo que fue aprobado por la mayoría de sus colegas jueces, a pesar de que el Estatuto prohíbe explícitamente que los jueces se dediquen a otras actividades profesionales (art. 40(3) ER); probablemente debido a las críticas internacionales, el Presidente de la Corte anunció el 1.º de mayo que Ozaki había renunciado a su cargo en la embajada. Además, existe un clima de animosidad personal y rivalidad entre los jueces, lo que, por supuesto, tiene repercusiones, especialmente en el personal académico. Algunos de ellos, incluyendo a personas muy experimentadas, están dejando la Corte; otros están tratando de mudarse a otra sección. Todo ello incide, a su vez, en la calidad de las decisiones judiciales, como puede verse con elocuencia, p. ej., en la decisión sobre Afganistán. Más allá de la personalidad de las partes involucradas en la controversia, que siempre es responsable de esos conflictos, con la disminución de la calidad de la labor judicial vuelve a ponerse en agenda la vieja exigencia de revisar los criterios de selección de los jueces.

De acuerdo con la normativa actualmente aplicable, una persona puede ser elegida jueza si posee una especial competencia, en lo esencial también de carácter práctico, en derecho penal y derecho procesal penal o si tiene los conocimientos de derecho internacional que resulten pertinentes para la "labor judicial" de la Corte (art. 36(3) (b) inciso ii) ER). Durante los inicios de la Corte todavía era posible justificar ese componente de derecho internacional, pues la labor de los jueces no se correspondía, o no se correspondía solamente, con la de un juez penal (de primera instancia) ("*Trial Judge*"). En ese entonces también se necesitaban ciertas aptitudes organizativas y diplomáticas (p. ej., para la celebración de acuerdos bilaterales o la planificación y traslado al nuevo edificio de la Corte) y el conocimiento del derecho internacional público era útil para la solución de cuestiones fundamentales de derecho internacional. No obstante, el incremento de los casos y procedimientos en los últimos años ha puesto de manifiesto que la Corte necesita, sobre todo, de abogados penalistas con una adecuada experiencia práctica. El juez alemán Bertram Schmitt es un buen ejemplo del tipo ideal de juez que hoy más que nunca se necesita en la CPI. Por lo tanto, una importante propuesta de reforma consistiría en eliminar completamente el mencionado componente de derecho internacional para la selección de los jueces y elegir únicamente a las personas que demuestren competencia en materia de derecho penal en el sentido anteriormente mencionado. Naturalmente, el conocimiento del derecho internacional (penal) sería una ventaja. Esto podría incluirse en una nueva versión de la disposición referida a la

calificación de los jueces. Sin embargo, un cambio del Estatuto es extremadamente difícil y, por lo tanto, poco probable. De cualquier modo, el requisito referido a la competencia en materia de derecho penal también podría fundamentarse con el texto actual del ER, puesto que los jueces elegidos por el mero componente de derecho internacional también deben poseer capacidades que sean importantes para la "labor judicial" de la CPI. Y hoy en día tales capacidades están principalmente referidas al derecho penal.

Por supuesto, tal reforma del perfil de requisitos, así como de la selección de los jueces en general, debería ser objeto de un control más estricto desde la perspectiva jurídico-procesal. En ese sentido, debería reforzarse el control del Comité Asesor sobre las Nominaciones Judiciales (*Advisory Committee on Nominations of Judges*) —cuya creación fue acordada en 2011 y se reunió por primera vez en 2013— con el fin de que sus decisiones no sean solo consultivas, sino vinculantes. Pues este Comité debe tener una verdadera función de filtro: debe poder excluir a los candidatos claramente inadecuados. Es inaceptable que mientras todo aspirante a un puesto de trabajo en la Corte tenga que aprobar un examen técnico, los jueces ni siquiera deben comprobar un dominio suficiente de los idiomas de trabajo (inglés/francés), por no hablar ya de su conocimiento del derecho penal (internacional). Quienes trabajan en la CPI se quejan de que hay jueces que ni siquiera están familiarizados con los fundamentos de derecho penal internacional, como la diferencia entre la competencia de la Corte y la admisibilidad de los procedimientos o las definiciones de los crímenes.

Para ejercer plenamente la función de filtro, el Comité Asesor debe estar compuesto por expertos independientes, no principalmente por antiguos jueces de la CPI (como en la actualidad). Además, los candidatos nacionales a jueces deben ser seleccionados en un proceso de selección de dos etapas (nacional-internacional), abierto y público. Un ejemplo podría ser el procedimiento de selección del Tribunal Especial para Kosovo, en el que la preselección se llevó a cabo primero en el nivel nacional (aunque con diversos grados de rigurosidad en cada país) y luego en el nivel internacional (Unión Europea), donde tras un procedimiento de selección escrito se invitó a algunos de los candidatos nominados en el nivel nacional a una entrevista de selección. Un procedimiento transparente y competitivo similar debería aplicarse también para el o la Fiscal Jefe de la CPI y sus procuradores (fiscales). Alemania, como segundo contribuyente más importante de la CPI, debería promover estas (y otras) propuestas de reforma y apoyar decididamente el pedido de una evaluación externa independiente a la Corte. En el ámbito nacional debería

anunciarse públicamente la candidatura del próximo juez o jueza alemana en la CPI (como ya lo hace el Reino Unido) para actuar así de manera ejemplar.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año IV, número 6, pp. 40-54

ARTÍCULOS: NÚMERO ESPECIAL
Criminalización y castigo

LA CUESTIÓN DEL LÍMITE AL EJERCICIO REAL DEL PODER SANCIONATORIO EN LA TEORÍA DE LA PENA DE MICHAEL PAWLIK*

Dr. Marcelo D. LERMAN, LL.M.**

Fecha de recepción: 31 de agosto de 2018
Fecha de aprobación: 8 de mayo de 2019

Resumen
La teoría de la pena de PAWLIK tiene el mérito de presentarse como superadora de la disyunción entre teorías absolutas, en las que el delito y la pena pueden ser denunciadas como la sucesión irracional de dos males, y teorías preventivas, en las que se advierte que el individuo es instrumentalizado con fines sociales y la pena no encuentra límites seguros. En esta, la pena retribuye la lesión a un deber de cooperación, pero viene a informar sobre la relación entre el cumplimiento de ese deber y la vigencia del estado de libertad. Se garantiza así que la pena tenga sentido y límite. Pero en esa concepción puede presentarse como problemática la forma en la que el límite que prevé opera sobre la pena como sanción real y no meramente simbólica, esto es, la cuestión de si la teoría permite definir un límite a la coacción efectiva de la pena (que en el sistema de PAWLIK es irrenunciable). El objetivo de este texto será, entonces, analizar en detalle la cuestión del límite al mal efectivo de la sanción penal en la teoría de la pena de PAWLIK.

Palabras clave: teorías de la pena – retribución – prevención – deber de cooperación – límite a la pena – estado de libertad

Title: Michael Pawlik on the Limits of Actual Punishment

---

* Doctor en Derecho (UBA). LL.M. (Universität Regensburg). Profesor Adjunto interino (UBA) y Profesor (UdeSA). El presente trabajo se vincula al proyecto de investigación UBACyT 2018: "Derecho penal y teoría de la libertad. Una investigación sobre la obra de Michael PAWLIK y sus consecuencias dogmáticas", 20020150200084BA, dirigido por Marcelo D. LERMAN.

** El autor quiere aprovechar esta oportunidad para agradecerle especialmente al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. PAWLIK, por haberlo acogido como "*Betreuer*" y haber dirigido sus investigaciones, primero, como becario DAAD (2005/2006, reinv. 2012) y, luego, como becario de la fundación A. v. Humboldt (programa Georg Forster, 2014). Se le agradece también a Leandro A. DIAS las sugerencias realizadas para enriquecer el texto.

Abstract
PAWLIK's theory of punishment has the advantage of presenting itself as a new model which overcomes the traditional duality between retributivism, often described as the irrational infringement of two harms, and consequentialism, often criticized as a theory in which the individual could be used as a mere means to a social end. According to Pawlik, the main aim of state punishment is to retribute a criminal because of her infringement of a duty of cooperation and such punishment take into account the relationship between this duty and the validation of a state of freedom. This approach offers a foundation and also a limit on punishment. But then arises the problem of how this general limit could be applied to the actual punishment, and not only in a symbolical sense. In other words, one needs to find out whether this theory is able to define a practical limit to state punishment (something that is deemed essential in PAWLIK's theory). The aim of this article is to analyze this problem in detail.

Keywords: Punishment – Retribution – Prevention – Duty of Cooperation – Limits on Punishment – Freedom

Sumario I. Introducción; II. Breve descripción de la teoría de la pena de PAWLIK; III. La existencia de límite como ventaja de las teorías retributivas; IV. Justificación de la necesidad del castigo real y no meramente simbólico en PAWLIK; V. Conclusiones; VI. Bibliografía.

I. Introducción

Sin duda alguna PAWLIK debe ser caracterizado como un autor sistemático. La base de su sistema está constituida por su teoría de la pena[1] y su sistema completo se ha cristalizado en la obra *Das Unrecht des Bürgers*. En un comentario a ese libro[2] he señalado que, en la teoría de la pena PAWLIK, la disyunción entre teorías retributivas, en las que el delito y la pena pueden ser denunciadas como la sucesión irracional de dos males, y teorías preventivas, en las que se advierte que el individuo es instrumentalizado con fines sociales y en las que la pena no encuentra límites seguros, es superada mediante la formulación de una teoría *retributiva* según la cual la pena *no es un mal sin sentido*. Ello en la medida en que, en su sistema, como se explicará con más detalle en el punto siguiente, la pena retribuye la lesión a un deber cometida por un ciudadano, pero viene a

[1] Que esa sea la base de su sistema obedece a una decisión fundada de manera expresa: "La pregunta inicial de toda dogmática del derecho penal que se toma en serio las implicaciones de su materia, tiene que ser la de si el Estado puede reivindicar la aplicación de la pena y, en su caso, bajo qué condiciones" [...] "El concepto de delito depende del modelo de legitimación de la pena...", ver: PAWLIK, "La pena retributiva y el concepto de delito", en ÍDEM, *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2010, p. 77.
[2] LERMAN, "Recensión a Michael Pawlik, Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre", en *InDret (ExLibris),* 4/2014, pp. 14-23. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/1075.pdf [enlace verificado el día 18 de mayo de 2019].

informar sobre la relación entre el cumplimiento del deber de cooperación y la vigencia del estado de libertad que el derecho penal busca garantizar. En efecto, se trata de una construcción teórica que brinda la posibilidad de darle a la pena a la vez *sentido y límite*, e intenta hacerlo de modo armónico, pues, por cierto, a las teorías de la pena les resulta muy complejo alcanzar ambos objetivos en forma simultánea sin perder coherencia interna.

Ahora bien, el objetivo en este texto es ocuparme con más detalle del tema del límite al castigo estatal en la teoría de la pena de PAWLIK. Más concretamente, su fin último es analizar la cuestión del límite en la aplicación *efectiva* de la pena, es decir, en la coacción estatal real. Para ello se realizará previamente una breve descripción de la teoría de la pena de PAWLIK y se analizará el modo en el que esa fundamentación permite encontrar un límite *teórico* a la pena estatal. Luego, se formulará la pregunta por el límite *real* a la coacción penal a partir del análisis de una afirmación de PAWLIK respecto de las consecuencias de la evolución de una sociedad en la magnitud de las sanciones.

II. Breve descripción de la teoría de la pena de Pawlik

El punto de partida de la construcción teórica de PAWLIK consiste en afirmar que el Estado debe garantizar un estado de libertad para los individuos de modo duradero.[3] Ellos deben tener la posibilidad de guiar su vida a su manera (autonomía). Es esa posibilidad de determinación lo que, para el autor, hace que esos individuos puedan ser concebidos como "sujetos". Así, en la concepción de PAWLIK es tarea del derecho penal el permitir que los individuos tengan la posibilidad de ser guías de su propia existencia (obviamente con un estricto deber de reciprocidad respecto de los demás, esto es, de permitir que los demás también lo puedan hacer).

Ahora bien, PAWLIK parte de la premisa de que no es posible que el Estado realice la tarea de garantizar la libertad real solo a través de acciones directas de sus poderes institucionales. Si se dependiera solo de los actos estales directos, la tarea del derecho penal fracasaría.[4] Por ello, los individuos, entendidos como "ciudadanos" —esto es, en su rol de representantes de la comunidad jurídica—, tienen un deber de cooperación (*Mitwirkungspflicht*) con la comunidad jurídica a la que

[3] Véase, PAWLIK, "El delito, ¿lesión de un bien jurídico?", en *InDret,* 2/2016. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/1222.pdf [enlace verificado el día 18 de mayo de 2019]; ÍDEM, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, p. 175; ÍDEM, *supra* nota 1, p. 97.

[4] Además, derivaría en un estado totalitario, pues el Estado debería controlar permanentemente la conducta de cada individuo si quisiera lograr el cometido de impedir delitos; es decir, se requeriría de un nivel de vigilancia estatal incompatible con un estado de libertades (cfr. PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Barcelona, Atelier, 2017, p. 42). También, recientemente, ÍDEM, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 40 ss.

pertenecen.[5] Y la comisión de un delito supone una violación a ese deber de cooperación con la comunidad jurídica que tiene por fin posibilitar la libertad real de los individuos. Así, el delito es comprendido como un ilícito contra la comunidad jurídica como un todo y, en razón de ello, tras su comisión, surge para el ciudadano que lo realizó —quien, a pesar de haber cometido un delito, sigue siendo ciudadano— un deber secundario, un deber de tolerar, que también resulta ser un deber del ciudadano en pos de la libertad por el derecho. Se trata del deber de tolerar que la pena le sea impuesta para que pueda constatarse que es indisoluble la relación entre el disfrute de la libertad y el deber de cooperación.[6] En esa medida la pena tiene una función, un sentido, de manera que, con independencia de tratarse de una teoría retributiva, no se la podría catalogar de absoluta. Esto no quiere decir necesariamente que la fundamentación de la pena radique en una finalidad utilitarista en el sentido tradicional de las teorías preventivas.[7] Al menos no sería correcto sostener que la pena está justificada por su efectividad en la búsqueda de una pura utilidad (prevenir delitos futuros). Justamente lo que permite una definición de esta clase es que la base de la pena encuentre un *cimiento* desligado de la idea de fin práctico, que pueda funcionar como límite a la pura utilidad.[8] La identidad entre el principio que fundamenta la pena y el que

[5] PAWLIK, *supra* nota 3, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre,* p. 107. La teoría de la pena de PAWLIK es de raíz *hegeliana*, pero no supone una (imposible) aplicación contemporánea de su sistema íntegro. Más bien se trata de una trasposición de ciertas ideas *hegelianas* centrales (principalmente: que delito no consiste en una lesión de un determinado bien jurídico, sino en una lesión de un deber vinculado con la co-responsabilidad del autor para mantener realmente un estado de juridicidad) para aplicarlas a problemas que surgen de la discusión jurídico-penal contemporánea. Véase también PAWLIK, *supra* nota 4, "Delito y pena en el derecho penal del ciudadano", en ÍDEM, *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades,* pp. 42 ss. Otra lectura contemporánea de HEGEL, con indicación de los presupuestos bajo los cuales sus consideraciones sobre teorías de la pena cobran actualidad, puede verse en SEELMANN, "Hegels Straftheorie in seinen 'Grundlinien der Philosophie des Rechts'", en *JuS*, t. 10,1979, pp. 687 y ss., cfr., en particular, p. 691; también, DU BOIS-PEDAIN, "Hegel and the Justification of Real-world Penal Sanctions", en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, XXIX, n.º 1, 2016, pp. 37-70, con un análisis detallado de la literatura *hegeliana* reciente sobre el tema en idioma inglés y alemán.

[6] PAWLIK, *supra* nota 3, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, p. 237. Una discusión relativa a si un deber tal puede ser impuesto también a ciudadanos socialmente excluidos puede verse en CIGÜELA SOLA, "El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal. Los límites del ciudadano deliberativo de Günther y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik", en *InDret,* 2/2017.Disponible en: http://www.indret.com/pdf/1294.pdf [enlace verificado el día 19 de mayo de 2019].

[7] Sobre la necesidad de no confundir las nociones de consecuencialismo y utilitarismo, ver MAÑALICH RAFFO, "Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva", en *InDret*, 2/2015, p. 5. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/1126.pdf [enlace verificado el día 18 de mayo de 2019]. Realiza tales distinciones en el marco del análisis de las ideas de ERNST BELING, lo que le permite hablar de retribucionismo consecuencialista. Sobre el hecho de que muchos críticos de la retribución se basan solo en las presentaciones clásicas de esta, sin ponderar los matices de las posturas actuales que pueden incluirse en el marco retributivo ver ORTIZ DE URBINA, "¿Consecuencialismo sin consecuencias? ¿deontología sin merecimiento?", en CARNEVALI (coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, Buenos Aires/Montevideo, B de F, 2017, p. 427.

[8] Es cierto, como observa PÉREZ BARBERÁ, "Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución", en *InDret*, 4/2014, p. 11, disponible en: http://www.indret.com/pdf/1081.pdf [enlace verificado el día 18 de mayo de 2019]), que en la concepción de PAWLIK

establece sus límites evita los problemas inevitables de las posturas dualistas.[9] La medida de la reacción tendrá que estar necesariamente dada por el nivel de lesión al deber de cooperación,[10] de manera que la teoría encuentra así un parámetro teórico para limitar la pena estatal (lo que, por cierto, conlleva el problema de que ello debe ser traducido en términos prácticos) y logra superar

hay "fines que sí forman parte de la justificación", pero eso no significa que cualquier fin pueda ser asociado a su concepción retributiva: se trata de una finalidad que nace *ligada a la fundamentación teórica retributiva* propuesta (y en ese sentido sí se puede caracterizar como intrínseca a la retribución, en contra de lo sostenido en el texto citado). Por ello, entiendo que el cuestionamiento que hace luego PÉREZ BARBERÁ, consistente en preguntarse por qué en un sistema que acepte la retribución de la pena habría de tener el fin marcado por PAWLIK y no podría tener, en vez de ello, cualquier otro fin, tiene una respuesta en la teoría de la pena bajo análisis: el fin indicado es el que se encuentra ligado, en la propia teoría, a la idea de retribución sostenida, y por ese motivo este puede brindar un límite armónico: nunca el límite a la pena constituido por la medida de la retribución a la lesión al deber de cooperación va a desnaturalizar el fin indicado por PAWLIK, porque este es la contracara de aquel.

[9] El problema principal de los *dualismos* (como el que plantea PÉREZ BARBERÁ en el texto citado en la nota anterior) en la teoría de la pena, radica en poder explicar por qué la retribución puede establecer un límite *compatible* con el fin preventivo propuesto, pues la aplicación de un límite retributivo a un fin preventivo desvinculado de la retribución puede desnaturalizar esa última finalidad. Esto se ve claramente en el marco de la teoría dialéctica de la unión de ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, t. I, 4.ª ed., Múnich, C. H. Beck, 2006, n.º m. 54/37 y ss. en la que se afirma que la pena tiene un fundamento preventivo, pero en la cual el principio de culpabilidad pretende utilizarse como límite a la sanción estatal. Más allá de que es muy dudoso que se pueda asignar al principio de culpabilidad un rol para limitar la pena sin que lo tenga para fundamentarla (al respecto ver la aguda crítica de ORTIZ DE URBINA, *supra* nota 7, p. 428), la manifestación más clara en la teoría de ROXIN del problema de compatibilidad antes mencionado es la siguiente: en un caso de prácticamente nulas necesidades de prevención general, pero para el cual la prevención especial reclamaría una pena elevada, puede ocurrir, conforme los presupuestos de la teoría de ROXIN, que la magnitud de la pena sea "recortada" por el límite máximo establecido por el principio de culpabilidad. Pero si ese límite hiciera que el llamado "tratamiento resocializador" devenga no efectivo, la pena ya no podría cumplir su función preventiva especial en absoluto (no podría "resocializarse" en ese corto tiempo) y, entonces, ¿qué fundamento tendría? ¿Cuáles serían sus necesidades de aplicación por sobre las mínimas necesidades preventivo generales? La propuesta de PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 8, p. 34, más allá de sus referencias al sistema de ROXIN, tiene en este punto la fundamental ventaja de ser un modelo *abiertamente* dualista de fundamentación de la pena, dándole un rol a la idea de retribución y sosteniendo que el Estado como pena puede imponer como máximo una cantidad de mal cuya gravedad se corresponda con la gravedad del mal del ilícito. Pero también en la concepción abiertamente dualista debe enfrentarse el problema de compatibilidad entre una finalidad preventiva y un límite retributivo con orígenes teóricos diferentes. La teoría de PAWLIK, a diferencia de los dualismos, concibe en simultáneo la fundamentación de la pena y la idea de límite, por lo que no se presentaría, en este punto, un problema de compatibilidad. Una posición también dualista puede verse en GRECO, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Pablo, Marcial Pons, 2015, pp. 163-184, especialmente, p. 183, aunque se trata de un dualismo con críticas al principio retributivo como tal. ROXIN mismo se presenta en publicaciones recientes como más abiertamente dualista en el fundamento de la pena. Así ROXIN, "Prevención, desaprobación y responsabilidad: acerca de la más reciente discusión sobre los fines de la pena" (trad. Alejandra VERDE), en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, año V, n.º 6, 2015, pp. 9-10.

[10] Cabe aclarar, por otro lado, que durante el cumplimiento de la pena PAWLIK considera que la teoría de la prevención especial, en particular en su componente resocializador, tiene de todos modos un rol. Así, PAWLIK, *supra* nota 3, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, p. 119. Pero este no se vincula al fundamento de la pena.

mediante un criterio retributivo la problemática característica de las teorías preventivas de la pena: su carencia de límites.

III. La existencia de límite como ventaja de las teorías retributivas

Es, en efecto, un postulado habitual el que indica que el principal problema de toda teoría puramente preventiva de la pena radica en la imposibilidad de hallar un límite a la pena estatal.[11] Ese resulta ser, evidentemente, el flanco fuerte de las teorías retributivas. Pues la idea de retribución lleva en sí misma la noción de un límite para la sanción: ninguna pena puede superar aquella medida que debe retribuir.

Por supuesto que siempre se intentó cuestionar esta ventaja desde la perspectiva de las teorías preventivas. En un artículo relativamente reciente, MÜLLER y KLOCKE[12] realizan un trabajo de síntesis de esta clase de argumentación. Así, señalan que, para las teorías retributivas, tampoco puede encontrarse una manera sencilla de equiparar la pena con la culpabilidad revelada en el hecho, salvo que se caiga en la aplicación de la ley del talión, intolerable para un estado moderno; de modo que así se desdibujaría la idea de límite pretendida por la retribución. De ese modo, desde una postura preventiva se pretende contrarrestar la crítica que se les dirige a esa clase de teorías, consistente en afirmar que no permiten hallar un límite a la pena, con un contraargumento que tiende a alegar que las teorías retributivas tampoco pueden brindar un límite tal. El contraargumento no es uno que sirva para sostener que la idea de prevención permite hallar un límite razonable para la pena, sino que solo busca que se acepte que ninguna teoría puede hacerlo, por lo que todas se encuentran en pie de igualdad.

Cabe preguntarse si tal argumentación es correcta y, en todo caso, si puede aplicarse a la teoría de PAWLIK.[13] Entiendo que sería incorrecto afirmar que una teoría retributiva *à la Pawlik* se encuentra en un pie de igualdad con una posición puramente preventiva en lo que hace a la fijación de un al límite al poder punitivo estatal. PAWLIK sostiene que la pena debe ser proporcional a la

[11] Así, con claridad, PAWLIK, *supra* nota 3, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, pp. 82 ss.

[12] KLOCKE/MÜLLER, "Zur Renaissance der Vergeltung", en *StV*, t.6, 2014, pp. 370 ss. El artículo se enmarca dentro de la ronda de publicaciones iniciada por el texto de LÜDERSSEN, "Einführung zum StV-Ringspublikationsprojekt 'Prävention und Zurechnung – Präventionsorientierte Zurechnung'", en StV, 4/2014, pp. 247 ss.

[13] Un análisis más detallado de esta argumentación se realiza en LERMAN, "Análisis de los argumentos contra el llamado 'renacimiento' de la retribución", en AMBOS/MALARINO/PASTOR (dirs.), *Prevención e imputación. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho Penal y Procesal Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017. Sí resulta correcto lo señalado por MÜLLER y KLOCKE en el sentido de que no es posible hablar de *una única* teoría de la retribución, pues al aludirse a tal renacimiento se está haciendo referencia a teorías muy diversas. En este texto se analizará exclusivamente la teoría retributiva presentada por PAWLIK.

infracción del deber de cooperación.[14] Esa sola afirmación ya implica que: 1) existe un *límite teórico* al poder punitivo estatal que va más allá de la pura utilidad práctica de la sanción, pues el Estado no puede excederse de la magnitud de infracción al deber de cooperación; 2) hay un parámetro de coherencia interna fijo: la reacción ante distintos delitos debe ser diferente de acuerdo con un criterio de proporcionalidad según la magnitud de la infracción al deber de cooperación que cada uno de ellos supone.

Estos dos aspectos no deben ser subestimados. Las teorías puramente preventivas solo podrían encontrar un límite teórico para la pena en su *utilidad* para prevenir delitos futuros (pues no estará justificada una pena más allá de lo útil). La discusión histórica sobre la teoría de la pena no deja dudas en el sentido de que ello no resulta una contención suficiente para el poder punitivo estatal. En cambio, un límite teórico como el grado de violación al deber de cooperación, si bien no puede traducirse de manera sencilla en una barrera real para la pena, supone al menos que existe un requisito adicional de orden argumental: quien quiera sostener que la pena puede tener una determinada magnitud, deberá poder argumentar que está cumpliendo con este parámetro. Y para una teoría de la pena el poder fundar un límite de esa clase (esto es, un límite teórico independiente de la utilidad práctica) no es una cuestión menospreciable; de hecho, se trata quizá de la única clase de límites que se puede esperar de una teoría.

ROXIN, p. ej., cae, a mi juicio, en el error de menospreciar un límite teórico de esa clase. Así, tras afirmar en relación con la teoría de la pena de PAWLIK que "[d]e hecho existe un amplio acuerdo entre ambos [ROXIN y PAWLIK]", sostiene: "Yo solo me pregunto si la construcción de una 'lesión al deber de lealtad' es simplemente necesaria. Porque el deber de abstenerse de realizar determinadas conductas socialmente dañinas —es decir, de comportarse lealmente— se puede inferir del Código Penal del mismo modo que la pena que corresponde a la lesión de ese deber".[15] Sin embargo, esta posición no parece ubicar acertadamente el plano teórico en el que se encuentra la teoría de la pena. Una teoría de la pena pretende dar fundamento a la ley penal. Si sostenemos una teoría de la pena que no permita fundar por sí misma un límite, al menos teórico, a la sanción estatal, y confiamos en que esa tarea será realizada por la ley positiva, entonces no tenemos forma de evaluar si esa ley positiva puede ser considerada correcta desde cierta perspectiva filosófico-jurídica. La ley penal debería poder explicarse como una derivación de la teoría de la pena. Si es tal, no puede funcionar como límite de la pena fundamentada por esa teoría. Y si no lo es, ¿entonces de dónde surge el principio conforme con el cual se dictó la ley? Si la respuesta es "de la mera voluntad del legislador", entonces no se podrá confiar en un límite

[14] El especial interés de esta perspectiva para la determinación de la pena fue destacado por ZIFFER, "Acerca del 'resurgimiento' del retribucionismo" en *En Letra: Derecho Penal*, n.º 6, 2018, p.38.

[15] ROXIN, *supra* nota 9, "Prevención, desaprobación y responsabilidad: acerca de la más reciente discusión sobre los fines de la pena", p. 13.

seguro. Pues la pura voluntad no podrá someterse a ninguna regla. La tarea de la teoría de la pena habría fracasado.

Además, una ley que establezca una pena manifiestamente excesiva, ¿en función de qué podría ser cuestionada? ROXIN podría responder: en función del principio constitucional de culpabilidad. Claro que este principio sería tomado como principio constitucional positivamente reconocido y no como derivado de concepciones retributivas. Pero entonces aquí se replica en el nivel constitucional el problema que antes se describió en el nivel legal. Porque lo relevante para el teórico de la pena no es cuál es la regla positiva que el constituyente estableció, sino que la pregunta es directamente cuál debe establecer y cómo se debe interpretar la establecida.

Por otra parte, que la teoría de PAWLIK permita sostener la necesidad de una coherencia en la magnitud de la pena de los diversos delitos según un parámetro diferente al de la mera utilidad (intensidad de afectación al deber de cooperación), también resulta de suma relevancia. Pues el criterio de la utilidad permitiría fundar, p. ej., una reacción elevada para un delito que resultaría evidentemente de poca gravedad, si ello fuera necesario por motivos de prevención. Es decir, la concepción de PAWLIK permite sustentar el principio de proporcionalidad de la reacción en relación con la gravedad de la falta, lo que también funciona como un límite, pues una pena desproporcionada resulta inadmisible. En una teoría puramente preventiva no es posible encontrar un fundamento sólido para el principio de proporcionalidad.[16]

Ahora bien, podría observarse, de todos modos, que estos parámetros de limitación a la pena estatal son meramente teóricos, y que no dicen nada sobre la magnitud real de las sanciones. Y, en esa línea, podría también afirmarse que incluso un sistema proporcional de reacciones penales podría presentar un nivel de coacción real del que quepa preguntarse si no resulta acaso excesivo.

[16] Por cierto, merece consideraciones particulares la comparación de la posición de PAWLIK con la prevención general positiva. La teoría de PAWLIK comparte con la prevención general positiva la característica de asignarle un carácter comunicativo a la pena. Sin embargo, busca superar dos críticas fuertes que se suelen dirigir contra tal posición. En primer lugar, al concebirse a la pena como una retribución por la violación de un deber de cooperación propio del ciudadano, no puede decirse que el individuo sea utilizado como mero medio para emitir un mensaje a la sociedad. No es la utilidad de emitir el mensaje lo que justifica la imposición de una pena, sino el incumplimiento del deber de cooperación. El fundamento jurídico de la pena es el delito mismo (por ello se trata de una teoría retributiva), pero no solo en su significado contra la víctima concreta, sino también por su significado respecto de la comunidad como un todo. Por ello, el ciudadano que cometió el delito debe, en esta concepción, pagar con el sufrimiento de la pena las necesidades de constatación de la relación entre el cumplimiento del deber de cooperación y el estado de libertad. En segundo lugar, en el esquema de PAWLIK no se trata de la estabilización de cualquier tipo de norma, sino solo de aquellas que permitan el mantenimiento de un estado de libertad. Esto es: una pena legítima no es aquella que solo viene a reafirmar que las normas existentes deben ser cumplidas, sino la que viene a reafirmar que las normas que garantizan un estado de libertad de los ciudadanos deben ser cumplidas. Claro que el tema merece de mayores consideraciones de las que pueden realizarse aquí y de distinciones respecto de diversas presentaciones de la teoría de la prevención general positiva.

Por ello es que corresponde preguntarse si la teoría de PAWLIK permite establecer un límite al mal real de la pena. Ese es el objetivo central de este texto que será desarrollado en el punto siguiente.

IV. Justificación de la necesidad del castigo real y no meramente simbólico en Pawlik

Cuando PAWLIK describe su fundamentación de la pena, brinda una explicación relativa a por qué no es suficiente una reacción meramente simbólica ante el delito.[17] Para PAWLIK, a los efectos de que pueda efectuarse la constatación de la relación entre el disfrute de la libertad y el cumplimiento del deber de cooperación, es necesario que la pena implique coacción real (no meramente simbólica), pues solo así se hace ver que quien incumple el deber de cooperación renuncia a una parte de su propia libertad.[18]

Ahora bien, tras la justificación de la necesidad de un castigo efectivo y no meramente simbólico, sostiene PAWLIK:

"Naturalmente que el momento del ejercicio real del poder coercitivo puede pasar a un segundo plano ante la estigmatización simbólica del delincuente. Cuanto más segura esté una sociedad de sí misma, antes se percibirá el ilícito como algo 'ocasional y aislado' y más benignas podrán ser las penas. Así se abre un amplio campo a la evolución social y cultural".[19]

---

[17] HÖRNLE sostiene que toda teoría que le asigne a la pena un valor expresivo tiene que dar una explicación de esta clase, es decir, dar cuenta de por qué no es suficiente como acto de comunicación que el Estado se limite a formular un juicio de desvalor, sin aplicar coacción real, sin infligir un mal. A su juicio, una expresión meramente verbal no podría emitir el mensaje necesario sobre todo en el nivel cuantitativo, lo que solo se podría lograr tanto para castigar como para premiar mediante otra clase de simbolismos: "La aclaración de la seriedad de una declaración se logra mediante el apoyo simbólico en forma de privación o entrega de bienes tangibles". Así HÖRNLE, *Teorías de la pena* (trad. Nuria PASTOR MUÑOZ), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015 [2011], pp. 42 ss., esp. 43, con referencias (una síntesis crítica del desarrollo realizado en ese libro, puede verse en LERMAN, "Reseña bibliográfica a 'Teorías de la pena' de TATJANA HÖRNLE", *en En Letra: Derecho Penal*, n.º 3, 2016, pp. 221 ss). Sobre las teorías expresivas de la pena y su relación con el concepto de delito ver FRISCH, "Pena, delito y sistema del delito en transformación", en *InDret*, 3/2014. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/1065.pdf [enlace verificado el día 19 de mayo de 2019].

[18] PAWLIK, *supra* nota 3, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, pp. 116 ss.

[19] PAWLIK, *supra* nota 1, p. 103; ver también ÍDEM, *supra* nota 3, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, pp. 117 y ss., con referencia a HEGEL, "Grundlinien der Philosophie des Rechts", en MOLDENHAUER/MICHEL (eds.), *Werke in zwanzig Bänden*, t. 7, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986 [1821], § 218. Recientemente se presenta la idea de modo semejante en PAWLIK, *supra* nota 4, *Normbestätigung und Identitätsbalance*, p. 56 y s. Esta idea de PAWLIK es descripta por SILVA SÁNCHEZ, ROBLES PLANAS y PASTOR MUÑOZ en su "Estudio introductorio" en PAWLIK, *Ciudadania y derecho penal: fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un estado de libertades*, Barcelona, Atelier, 2016, p. 21. En sentido semejante, JAKOBS, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn/München/Wien/Zürich, Schöningh Ferdinand, 2004, p. 16, sostiene que una sociedad segura de sí misma castiga de forma menos severa que otra que se encuentra amenazada de disolución. También, JAKOBS, *System der*

Esta frase puede ser problemática si se la interpreta en sentido inverso, esto es: cuando una sociedad está más insegura de sí misma podrá endurecer sus sanciones. Porque pareciera que esto lleva a que la magnitud (real) de la sanción deja de encontrar un límite seguro (como el que en el plano teórico está dado por el grado de vulneración en el nivel de cooperación) y pasa a depender del estado de la seguridad en sí misma de la sociedad. Entonces, serían las necesidades de reafirmación de la sociedad insegura las que terminarían definiendo la crudeza de la pena, y con ello la magnitud real de afectación al individuo.

Pero, ¿es este un argumento para considerar que el límite que la teoría de PAWLIK establece para la pena en el nivel teórico se desdibuja en la práctica? Entiendo que no. A mí juicio, para sostener esa respuesta negativa es necesario analizar este interrogante en tres niveles, que se podría catalogar como "temporales".

a) En primer lugar, desde la perspectiva de una sociedad en un momento determinado (es decir, en un plano temporal estático), la teoría de PAWLIK permite sostener sin problemas la posibilidad de fundamentar un cierto límite real para la pena estatal y la idea de proporcionalidad. Esto es así pues podrá argumentarse que cada sociedad en un momento dado considera que cierta vulneración a un deber de cooperación merece una determinada sanción y no más que esta, y podrá asignársele un valor relativo dentro del sistema de delitos. Esto es suficiente para advertir la ventaja del establecimiento de límites frente a las posturas puramente preventivas. Porque estas, como se dijo, no podrían encontrar un criterio teórico que limite la pena (más allá de lo meramente utilitario) y que garantice la proporcionalidad ni siquiera para una sociedad y tiempo determinados. Y desde ya que el criterio de la utilidad no resulta ser uno que satisfaga las necesidades de límite que se requieren para el actuar del Estado sobre los individuos. De lo contrario, las "razones de Estado" podrían justificar (en cada época) penas de cualquier magnitud.

b) En segundo lugar, desde la perspectiva de la evolución de una cierta sociedad en el tiempo, puede interpretarse que la posición de PAWLIK está orientada a una evolución de la pena *a la baja*. El sentido de la frase antes transcripta y que se encuentra bajo análisis parece estar dado por la

strafrechtlichen Zurechnung, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2012, p. 15. Una "movilidad" del castigo real en función del estado de la sociedad, puede verse también en ROXIN, *supra* nota 9, "Prevención, desaprobación y responsabilidad: acerca de la más reciente discusión sobre los fines de la pena", p. 9. Así, al indicar que la teoría de la prevención general positiva tampoco está en condiciones de poner un límite firme a la pena estatal, y cuestionar la afirmación relativa a que el fortalecimiento de la consciencia jurídica general se podría lograr mejor con una pena justa que se corresponda con la culpabilidad, señala: "En tiempos política y económicamente estables, con criminalidad comparativamente baja, el castigo moderado es socialmente aceptado. En tiempos de crisis, por el contrario, la consciencia jurídica general, tal como se muestra en encuestas y en elecciones, exige por lo general que se tomen medidas duras".

línea final: "*Así se abre un amplio campo a la evolución social y cultural*".[20] Esa frase sugiere que lo que se establece es una concepción sobre la evolución histórica de las sociedades que se debería desarrollar hacia la necesidad de penas menores.[21] En esta línea, la frase en consideración no estaría vinculada a un cambio en el principio de fundamentación de la sanción real, sino más bien al modo en que se cree que debe desarrollarse históricamente la evolución de las sanciones. Es decir, en definitiva, lo que se pretende indicar es que las sociedades *deben* tender a disminuir la coacción real en las sanciones.[22]

En el mismo sentido creo que debe entenderse la afirmación:

"Ahora bien, la sanción punitiva no puede dejar de ser drástica, porque no existe otra forma de transmitir convincentemente la relación existente entre el cumplimiento del deber de colaboración y disfrute de la libertad".[23]

Si por lo señalado en el punto anterior se está pensando en una evolución histórica *a la baja* en la intensidad de la pena, debe entenderse que con esta frase se está aclarando que, de todos modos, debe pensarse en un límite en tal evolución: la pena no puede dejar de ser drástica.

En suma, en la perspectiva dinámica de una concepción histórica, lo que el sistema de PAWLIK está reflejando es la indicación de que debe existir una evolución que tienda a bajar el nivel de coacción en las sanciones, sin que dejen de ser drásticas.[24]

---

[20] La referencia a una evolución social no debería leerse en el sentido clásico *hegeliano* de una suerte de evolución de un "espíritu absoluto", sino en una evolución hacia mayores grados de racionalidad de los agentes que operan el derecho en la sociedad (legislación, jurisprudencia, ciencia).

[21] El mismo sentido ha de asignarse a la referencia realizada a HEGEL, *supra* nota 19, también citado en JAKOBS, *supra* nota 19, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck,* nota n.º 64, que PAWLIK efectúa en este punto, pues allí, tras caracterizar al delito como una ofensa no solo a la víctima directa, sino a la generalidad de la sociedad y decir que, por lo tanto, el castigo es variable de acuerdo con la constitución de la sociedad civil (siendo las sanciones más benignas en sociedades más seguras de sí mismas), se concluye que este punto de vista, más allá de que parece agravar los castigos, por el contrario principalmente los ha mitigado. Por ello, la referencia final de ese parágrafo en el sentido de que un Código Penal pertenece especialmente a su época y a la condición de la sociedad civil, puede ser vista teniendo en miras una evolución histórica caracterizada por una tendencia a esta idea de mitigación del castigo. Los ejemplos drásticos que da HEGEL en este parágrafo vinculados a los hurtos de poca monta tendrían que interpretarse a la luz de esta idea de evolución. Detalladamente sobre la evolución de las sociedades y la tendencia a la disminución de las sanciones en la obra de HEGEL, con conclusiones en parte similares, DU BOIS-PEDAIN, *supra* nota 5, pp. 45-46.

[22] Las regulaciones que, p. ej., indican que una cierta clase de pena no puede ser incluida a futuro por los países que no la tienen, como lo hace el pacto de San José de Costa Rica respecto de la pena de muerte, serían un ejemplo de una búsqueda de una evolución histórica de esa clase.

[23] PAWLIK, *supra* nota 1, p. 104.

[24] Por cierto, no se puede analizar en este texto si efectivamente la evolución histórica real de las penas ha tendido *siempre* a la disminución de su nivel de coacción. Es evidente que tal evolución no ha sido lineal y que ha habido permanentes

c) Una tercera perspectiva temporal supone la necesidad de preguntarse si el sistema de PAWLIK impone algún límite a la pena que sea *independiente de la sociedad y su tiempo*. Aquí creo que la respuesta puede estar dada por la base del sistema de PAWLIK: este debe estar orientado a que el individuo sea libre, en el sentido de ser autónomo. Si una pena no puede fundamentarse como orientada a ese fin, entonces será ilegítima con independencia de la sociedad y su tiempo. Así, como la evolución de la sociedad que permite que la coacción real de la sanción disminuya encontraría un límite mínimo en el hecho de que la sanción no puede dejar de ser drástica, también habría un límite máximo para esa coacción: esta nunca podría desnaturalizar el fin último que se busca con la pena en un sistema que consiste en garantizar la libertad del individuo.

Por cierto, esta limitación está dada en un plano de abstracción amplio. Pero a la teoría de la pena no le corresponde pronunciarse en planos inferiores. De esta no podrá derivarse un completo sistema de sanciones y pautas de determinación de la pena.[25] Una teoría de la pena solo podrá aportar los lineamientos para esa tarea, que debe encararse tomando en consideración muchos otros factores.

V. Conclusiones

Resulta demasiado pretencioso pensar que una teoría de la pena permitirá que, a partir de esta, se determine el monto exacto que le debe corresponder ante cada delito. Su rol primordial es el de establecer una base sólida para el sistema penal: debe permitir dar un fundamento para la sanción penal que le dé sentido a la pena. A la vez, tiene que permitir derivar de sí un límite teórico para la reacción estatal. Y debe poder realizarlo dentro de un marco de coherencia interna. Por supuesto que el fundamento y el límite establecidos por una teoría de la pena tendrán influencia en la determinación de la sanción real. Pero no parece posible que puedan determinarla por completo. Entiendo que es necesario tener presentes esas consideraciones al analizar en el sistema de PAWLIK la indicación relativa a que una sociedad más segura de sí podrá aplicar sanciones más bajas que una menos segura. Para él, la magnitud de la sanción no está completamente determinada por la teoría de la pena. Esta solo establece la existencia de un límite teórico, que cada sociedad en su momento deberá traducir en términos prácticos. La posibilidad de establecer ese límite teórico no debe ser menospreciada porque, de lo contrario, cada sociedad, en el momento en el que vive, estaría sometida al riesgo de que el Estado incremente las penas en la medida de su pretendida utilidad. Ahora bien, parece quedar claro en el sistema de PAWLIK que la evolución pretendida para las sociedades es una evolución que tienda a reducir la coacción

cambios en una u otra dirección. Lo único que se quiere marcar aquí es que cuando se habla de una evolución de las penas efectivas, se hace referencia a una sociedad que tiende a tener una mayor confianza en sus normas y a *disminuir* el nivel coactivo de sus penas.

[25] Véase, DU BOIS-PEDAIN, *supra* nota 5, pp. 45-46, quien considera que ya HEGEL era consciente de esta cuestión y que, en definitiva, la determinación del castigo real es una problemática repleta de aspectos contingentes.

implicada en las penas, al menos hasta un punto en el que puedan seguir siendo consideradas como tales. Por lo demás, tampoco sería admisible una evolución de la pena que desnaturalice el objetivo final de lograr un estado de libertad. Creo que una interpretación de esta clase deja en claro el verdadero alcance de la noción de límite implicada en la teoría de la pena de PAWLIK.

VI. Bibliografía

CIGÜELA SOLA, Javier, "El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal. Los límites del ciudadano deliberativo de Günther y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik", en *InDret,* 2/2017. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/1294.pdf [enlace verificado el día 19 de mayo de 2019].

DU BOIS-PEDAIN, Antje, "Hegel and the Justification of Real-world Penal Sanctions", en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, XXIX, n.º 1, 2016, pp. 37-70.

FRISCH, Wolfgang, "Pena, delito y sistema del delito en transformación", en *InDret*, 3/2014. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/1065.pdf [enlace verificado el día 19 de mayo de 2019].

GRECO, Luís, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Pablo, Marcial Pons, 2015.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, "Grundlinien der Philosophie des Rechts", en MOLDENHAUER, Eva/ MICHEL, Karl Markus (eds.), *Werke in zwanzig Bänden*, t. 7, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986 [1821].

HÖRNLE, Tatjana, *Teorías de la pena* (trad. Nuria PASTOR MUÑOZ), Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2015 [2011].

JAKOBS, Günther, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn/München/Wien/Zürich, Schöningh Ferdinand, 2004. Existe una traducción al español de MELIÁ, Cancio y SÁNCHEZ, Feijoo, *La pena estatal: significado y finalidad*, Madrid, Thompson/Civitas, 2006.

— *System del strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2012.

KLOCKE, Gabriele/MÜLLER, Henning Ernst, "Zur Renaissance der Vergeltung", en *StV*, t. 6, 2014, pp. 370-377.

LERMAN, Marcelo, "Análisis de los argumentos contra el llamado 'renacimiento' de la retribución", en AMBOS, Kai/MALARINO, Ezequiel/PASTOR, Daniel R. (dirs.), *Prevención e*

imputación. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, Hammurabi, 2017, pp. 59-75.

—"Recensión a Michael Pawlik, Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre", en *InDret* (ExLibris), 4/2014, pp.14-23. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/1075.pdf [enlace verificado el día 18 de mayo de 2019].

— "Reseña bibliográfica a 'Teorías de la pena' de Tatjana Hörnle", *en En Letra: Derecho Penal*, n.º 3, 2016, pp. 221-232.

LÜDERSSEN, Klaus, "Einführung zum StV- Ringspublikationsprojekt 'Prävention und Zurechnung – Präventionsorientierte Zurechnung'", en StV, 4/2014, pp. 247-249.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, "Retribucionismo consecuencialista como programa de ideología punitiva", en *InDret*, 2/2015. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/1126.pdf [enlace verificado el día 18 de mayo de 2019].ORTIZ DE URBINA, Íñigo, "¿Consecuencialismo sin consecuencias? ¿deontología sin merecimiento?", en CARNEVALI, RAÚL (coord.), *Derecho, sanción y justicia penal*, Buenos Aires/Montevideo, B de F, 2017, pp. 419 y ss.

PAWLIK, Michael, *Ciudadanía y derecho penal: fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades,* Barcelona, Atelier, 2017.

— *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.

— "El delito, ¿lesión de un bien jurídico?", en *InDret,* 2/2016. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/1222.pdf [enlace verificado el día 18 de mayo de 2019].

— "La pena retributiva y el concepto de delito", en ÍDEM, *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2010, pp. 75 ss.

— Normbestätigung und Identitätsbalance, Baden-Baden, Nomos, 2017.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, "Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución", en *InDret*, 4/2014. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/1081.pdf [enlace verificado el día 18 de mayo de 2019].

ROXIN, Claus, "Prevención, desaprobación y responsabilidad: acerca de la más reciente discusión sobre los fines de la pena" (trad. Alejandra Verde), en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, año V, n.º 6, 2015, pp. 3 ss.

— Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, t. I, 4.ª ed., Múnich, C. H. Beck, 2006.

SEELMANN, "Hegels Straftheorie in seinen 'Grundlinien des Philosophi des Rechts'", en *JuS*, t. 10, 1979, pp. 687 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María/ ROBLES PLANAS, Ricardo/ PASTOR MUÑOZ, Nuria, "Estudio introductorio", en PAWLIK, Michael, *Ciudadania y derecho penal: fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un estado de libertades*, Barcelona, Atelier, 2016, pp. 17-32.

ZIFFER, Patricia, "Acerca del 'resurgimiento' del retribucionismo" en *En Letra: Derecho Penal*, n.º 6, 2018, pp. 30-51.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año V, número 8, pp. 55-77

POSTERICIDIO COMO CRIMEN INTERGENERACIONAL

Dr. Santiago TRUCCONE BORGOGNO*

Fecha de recepción: 17 de diciembre de 2018
Fecha de aprobación: 8 de mayo de 2019

Resumen

Desde los trabajos de Catriona MCKINNON se ha empezado a hablar del crimen de *postericidio*. Este crimen es entendido como aquella conducta intencional o imprudente capaz de provocar la casi extinción de la humanidad. En este trabajo mostraré por qué el principio de daño (intergeneracional e internacional) puede aportar buenas razones en favor de la justificación moral de la criminalización del postericidio. Argumentaré que ni el problema de la no-identidad ni el de los daños por acumulación hablan en contra de considerar que la criminalización del postericidio está moralmente justificada.

Palabras clave: Cambio Climático – Criminalización – Daños Acumulativos – Principio de Daño – Problema de la No-Identidad

Title: Postericide as an Intergenerational Crime

Abstract

The discussion on the crime of *postericide* has acquired a considerable boost since Catriona MCKINNON's writings. The crime of postericide is understood as an intentional or reckless conduct fit to bring about the near extinction of humanity. In this paper, I will show why the harm principle (intergenerational and international) is able to provide good reasons in favour of the moral justification of the criminalization of the postericide. I will argue that neither the non-identity problem nor the problem of the accumulative harms speak against considering the criminalization of the postericide morally justifiable.

* Instituto de Filosofía (Karl-Franzens-Universität Graz); Dr. en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba); MU en Derecho Penal (Universidad de Salamanca). Investigador Pre-doc. (FWF-Project Superseding Historical Injustice and Changing Circumstances). Contacto: Santiago.truccone-borgogno@uni-graz.at.

Keywords: Climate Change – Criminalization – Accumulative Harms – Harm Principle – Non-Identity Problem

Sumario

I. Introducción; II. Postericidio, daño y la contingencia de las personas futuras con relación a nuestras decisiones; III. Postericidio y el problema de los daños por acumulación; IV. Conclusión; V. Bibliografía.

I. Introducción

El cambio climático es el resultado de la emisión de gases de efecto invernadero en la atmósfera. Según el V informe del IPCC (Panel Intergubernamental contra el Cambio Climático, "IPCC" por su sigla en inglés) el cambio climático causará inundaciones, olas de calor, inseguridad alimentaria, sequías y epidemias transmitidas por vectores y por el agua.[1] Estos cambios provocarán no solo un grave empeoramiento en las condiciones de vida de las personas sino también un gran número de muertes.[2] Esta catástrofe ambiental puede llevar a la humanidad a una situación cercana a la extinción. Dado este escenario, desde hace un tiempo se ha empezado a hablar del crimen de *postericidio*. El término postericidio fue acuñado por MCKINNON para referirse al crimen consistente en "aquella conducta intencional o imprudente capaz de provocar la casi extinción de la humanidad".[3]

Existen varias dudas referidas a la posibilidad de que la criminalización del postericidio esté moralmente justificada. Por un lado, varias dudas se derivan de la discusión sobre si tenemos o no obligaciones para con las personas futuras y sobre por qué un mundo donde la extinción de la humanidad es una posibilidad muy cercana es lo suficientemente malo. Por otro lado, existe cierto escepticismo alusivo a la justificación moral del uso del derecho penal para proteger a las personas y generaciones futuras. En este trabajo no haré consideraciones sobre todos estos asuntos, sino que procederé sobre la base de ciertas presuposiciones. Presupondré que tenemos obligaciones de

[1] IPCC, *Climate Change 2014: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* [Core Writing Team, R.K. Pachauri and L.A. Meyer (Eds.)]. IPCC, Geneva, 2014.

[2] Estos efectos adversos, luego del informe publicado por el IPCC en 2018, parecen cada vez más cercanos. Cf. IPCC, *Global Warming of 1.5 ºC: summary for Policymakers*, 2018 http://report.ipcc.ch/sr15/pdf/sr15_spm_final.pdf.

[3] MCKINNON, "Endangering humanity: an international crime?", en *Canadian Journal of Philosophy*, 47:2-3, 2017, p. 405.

justicia para con las personas futuras,[4] que un mundo cercano a la extinción es muy malo para las personas que vivirán en él[5] y que está justificado moralmente el uso del derecho penal (internacional) para asuntos intergeneracionales.[6] Sin embargo, aun con todas estas presuposiciones, existen otros problemas que pueden generar escepticismo a la hora de pensar que existen buenas razones para que la criminalización del postericidio esté moralmente justificada.

Los problemas que me interesa discutir en este trabajo se relacionan con la utilización del *principio de daño* para justificar la criminalización del postericidio. En la discusión de derecho interno, el debate sobre el principio de daño ha girado en torno a si es o no un principio idóneo para identificar el tipo específico de incorrección moral que habla en favor de que determinada conducta sea censurada. Este principio sostiene —*grosso modo*— que existen buenas razones para criminalizar de modo moralmente justificado una conducta si se encuentra relacionada de un modo adecuado con un daño identificable.[7] De manera tal que uno de los problemas que debe afrontar la aplicación del principio de daño es determinar qué cuenta como daño.[8] Esto es

[4] Su no existencia actual, nuestro conocimiento limitado del futuro, la implausibilidad de adscribir derechos a la existencia a las personas futuras, así como la imposibilidad de que ellas puedan hacer cumplir sus derechos sobre nosotros parecen sugerir que las personas presentes no tienen obligaciones de justicia en relación con ellas. Sobre cómo responder a estas objeciones en favor de la tesis según la cual las personas presentes tienen obligaciones de justicia hacia las personas futuras, véase MEYER, "Justicia Intergeneracional", en TRUCCONE BORGOGNO (comp.), *Justicia Intergeneracional: Ensayos desde el pensamiento de Lukas H. Meyer*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2017, pp.24-38.

[5] Este tema ha sido analizado por MCKINNON, *supra* nota 3, pp. 399-402.

[6] Una justificación moral del uso del derecho penal para asuntos intergeneracionales puede encontrarse en MCKINNON, "Climate justice in a Carbon Budget", en *Climatic Change*, Springer, 2015; y MCKINNON, *supra* nota 3, pp. 410-411. *Grosso modo*, la idea es que, así como parte de la justificación del derecho penal internacional radica en la protección de los seres humanos independientemente de su ubicación en el espacio, parte de la justificación del derecho penal intergeneracional se centra en la protección de las personas independientemente de su ubicación en el tiempo.

[7] He pretendido proporcionar una formulación bastante neutral del principio de daño. En otro lugar he reseñado distintas formulaciones de tal principio, cf. TRUCCONE BORGOGNO, "Un concepto de daño y sus consecuencias para la parte general del derecho penal", *Política Criminal*, vol. 12, n.º 24, 2017, p. 1185. Para una discusión detallada sobre diferentes versiones del principio de daño, véase DUFF & MARSHALL, "'Abstract Endargerment', Two Harm Principles, and Two Routes to Criminalisation", en *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice,* vol. 3, n.° 2, 2015, pp. 132-139. Por supuesto que, bajo la formulación que he sugerido, el principio de daño no proporciona razones suficientes, ni necesarias, para la justificación moral de la censura penal. No establece la necesidad del daño para la justificación de la censura penal dado que, bajo esa formulación, podrían existir otras razones que también pueden demandar una criminalización penal. Tampoco establece al daño como un elemento que por sí solo justifique la criminalización de determinada conducta. Esto es así porque es posible que, aun habiendo constatado que determinado tipo de acción causa daño, existan razones más fuertes que hablan en contra de tal criminalización. Esta formulación, de todos modos, dadas las consecuencias que acabo de reseñar, es bastante cercana a la propuesta por FEINBERG. Cf. FEINBERG, *Harm to others: the moral limits of criminal law*, vol. I, Nueva York, Oxford University Press, 1984, pp. 10-11.

[8] Un problema diferente es el referido a si el principio de daño (independientemente de qué noción de daño se suscriba) es, o no, un buen principio en favor de la justificación moral de la criminalización penal. No haré consideraciones sobre este

importante tanto en el nivel interno como en el nivel global porque el alcance del principio de daño varía en función de qué noción de daño sea adoptada.[9] En este trabajo haré consideraciones sobre dos asuntos relacionados con este problema, es decir, el referido a *qué cuenta como daño*.[10]

El primer problema se conecta con ciertas limitaciones asociadas a la noción contrafáctica clásica de daño. De acuerdo con esta concepción de daño, una persona ha sido dañada si se encuentra en una condición que es peor que aquella en la que hubiese estado si el agente no hubiese actuado con respecto a esta persona como lo hizo.[11] El problema de esta tesis es que no pude explicar por qué ciertas personas han sido dañadas cuando, a causa de la acción de algún agente, aunque tengan un nivel de bienestar muy bajo, dicho nivel de bienestar no es peor del que habrían tenido de otro modo. Esta situación atraviesa la discusión sobre la justificación moral del postericidio dado que la existencia de las personas futuras, es decir, el asunto referido a si alguien existirá y, en ese caso, quién, es contingente con relación a nuestras decisiones. Aunque las acciones que implican grandes emisiones de gases de efecto invernadero puedan causar un mundo cercano a la extinción para las personas futuras, como explicaré, es verdadero que si dichas acciones no hubiesen tenido lugar, muchas de tales personas no existirían. Si la noción contrafáctica de daño es correcta, entonces, el principio de daño —en este caso, el principio de daño intergeneracional e internacional— no puede aportar razones en favor de la justificación moral de la criminalización de conductas que, aunque causen que las personas futuras tengan un nivel de bienestar muy bajo, son —a su vez— condición necesaria de su existencia. En este

asunto aquí. Para discusiones sobre este punto, véase NINO, *Los límites a la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980, pp. 269-304. Este debate, cuyo origen se remonta a los escritos de J. S. MILL y J.F. STEPHEN, se ha actualizado recientemente a través de un resurgimiento del moralismo legal de J. GARDNER y A. DUFF. Sobre la tesis del primero, el trabajo de VARGAS, "El principio de daño, una posible interpretación a partir de GARDNER/SHUTE" en este número es bastante interesante. Véase también DUFF, *Answering for crime: responsibility and liability in the criminal law,* Oxford, Hart Publishing, 2007, Cap. 6.

[9] Sobre el *principio de daño internacional, véase* MAY, *Crimes Against Humanity: A Normative Account,* Cambridge, Cambridge University Press, 2005, Cap. 5; también ALTMAN & WELLMAN, "A Defense of International Criminal Law", en *Ethics*, vol. 115. n.º 1, 2014, pp. 43-51.

[10] Aunque mi atención estará puesta en la noción de daño no veo obstáculos en que muchas de las conclusiones a las que llegaré aquí puedan ser trasladadas a las discusiones relativas al concepto de bien jurídico y su papel justificatorio y limitador de la censura penal. He defendido esta tesis en TRUCCONE BORGOGNO, "El principio de lesividad en la cuestión ambiental: el caso Barrio Ituzaingó Anexo de la ciudad de Córdoba", en *Revista de la Facultad de Derecho (UNC)*, vol. VI, n.º 2, 2015, pp. 197-198; y con mayor detalle en relación diferentes concepciones sobre la noción de lesión al bien jurídico en TRUCCONE BORGOGNO, "¿Qué significa que un bien jurídico ha sido lesionado?", en PÉREZ ÁLVAREZ (dir.), *Propuestas Penales: Nuevos Retos y Modernas Tecnologías*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2016, pp. 131-146.

[11] Esta tesis ha sido desarrollada y defendida por FEINBERG, *supra* nota 7, y FEINBERG, *Harmless Wrongdoing: the moral limits of criminal law*, Nueva York, Oxford University Press, 1988, p. 26.

trabajo sostendré que la noción contrafáctica de daño puede ser combinada con una noción de umbral de daño. De esta manera, el principio de daño (intergeneracional e internacional) puede aportar razones en favor de la criminalización del postericidio.

El segundo problema se refiere a que las acciones individuales que uno pudiese pensar como causantes del mundo cercano a la extinción de la humanidad, por sí solas, no pueden ocasionar tal estado de cosas. El resultado catastrófico puede ocasionarse solo si varias acciones con similares efectos son realizadas. Este asunto, tradicionalmente discutido en la literatura penal bajo el nombre de delitos o daños acumulativos, ha sido asociado a casos de contaminación de aguas o del ambiente en zonas específicas, de expresión de opiniones odiosa individuales, de evasión impositiva y de uso de pornografía.[12] Sin embargo, bajo el paraguas del cambio climático, el clásico asunto de las acciones cuyos efectos triviales pueden causar grandes daños ha alcanzado escalas mucho mayores. Si el crimen o delito de postericidio pretende estar moralmente justificado se debe explicar cómo deben ser resueltos los problemas derivados de que cada acción individual que uno pudiese pensar como causante del mundo cercano a la extinción de la humanidad, por sí sola, no puede ocasionar tal resultado catastrófico. En este trabajo sugeriré que aun si esto es así, tales acciones son incorrectas de un modo tal en el que el principio de daño puede aportar buenas razones para que su criminalización esté moralmente justificada.

II. Postericidio, daño y la contingencia de las personas futuras con relación a nuestras decisiones

Comenzaré mi análisis con la ayuda del (extenso) ejemplo hipotético propuesto por MCKINNON para pensar la justificación moral del postericidio:

(El Presidente Narcisista): un hombre de negocios con poca o sin ninguna experiencia política es electo presidente de los Estados Unidos. Tiene un historial profesional de bancarrotas, conductas deshonestas, discriminación racial y vínculos con la mafia. Su historial personal cuenta con agresiones sexuales y expresiones de misoginia. Su personalidad es extremadamente narcisista, al exhibir una desmesurada sensación de que tiene derecho a lo que posee, necesidad de

[12] Las discusiones sobre los delitos acumulativos se han edificado sobre el trabajo de FEINBERG, *supra* nota 7, pp. 193-198 y 225-231. He argumentado cómo lidiar con casos de daños por acumulación en problemas ambientales locales en TRUCCONE BORGOGNO, "Delitos acumulativos ambientales: una aproximación desde el republicanismo", en *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, año II, n.º 2, 2013, pp. 59-98. En este trabajo realizaré, de todos modos, una revisión de los argumentos allí proferidos.

admiración, carencia de empatía y una arrogancia pomposa. Cubre los puestos de su gabinete con personas con poca experiencia política que provienen del sector privado, muchos de los cuales poseen puntos de vista objetables. Como ha prometido en su campaña, inmediatamente luego de asumir, *retira a los Estados Unidos del Acuerdo de París*, que es la última pequeña esperanza que tiene la humanidad para evitar las consecuencias catastróficas del cambio climático. Su posición es que el cambio climático es un engaño perpetrado por China para obtener ventajas económicas. El Presidente Narcisista y sus consejeros son negacionistas del cambio climático. Ellos ignoran la evidencia científica proporcionada por los distintos informes publicados por el Panel Intergubernamental contra el Cambio Climático. De hecho, incluso ignoran los últimos informes que afirman que, si las emisiones siguen bajo niveles "*business and usual*" la temperatura se incrementará para el año 2100, no entre 2,6 y 4,8 ºC con relación a los niveles preindustriales sino, entre 4,78 y 7,36 ºC. Como consecuencia de la decisión del Presidente Narcisista, China también se retira del Acuerdo de París. El Acuerdo se mantiene, pero ya no es efectivo. El mundo se calienta de acuerdo con las peores estimaciones y nuestros descendientes se encuentran viviendo en un escenario catastrófico donde la temperatura se ha incrementado en 7 ºC con relación a los niveles preindustriales.[13]

Este ejemplo hipotético describe una conducta que puede satisfacer la descripción del crimen de *postericidio*. El Presidente Narcisista al retirarse del Acuerdo de París, realiza [una] "conducta intencional o imprudente capaz de provocar la casi extinción de la humanidad". Este escenario implicará que las personas que vivirán allí deberán afrontar una gran variedad de desastres tales como sequías, hambrunas, inundaciones, aumento de los niveles del océano, inseguridad alimentaria, de modo que el nivel de bienestar de estas personas será muy bajo y muchas de ellas morirán. Por ello, el escenario que el Presidente Narcisista ha contribuido a realizar es claramente malo para las personas que vivirán en él. El problema es, sin embargo, que no es claro que pueda afirmarse que las personas que vivirán en tal mundo catastrófico han sido dañadas.

Dar una respuesta afirmativa a este interrogante es importante si se pretende afirmar que el principio de daño (en este caso, principio de daño intergeneracional e internacional) aporta buenas razones para que la figura de *postericidio* esté contemplada como crimen internacional. Como hemos afirmado, el principio de daño afirma que existen buenas razones para criminalizar de modo moralmente justificado a una conducta si se encuentra relacionada de un modo adecuado

[13] Cf. MCKINNON, *supra* nota 3, pp. 397-398.

con un daño identificable. Para que el principio de daño, entonces, pueda justificar la censura de acciones en casos como el reseñado, tiene que ser posible afirmar que las personas que vivirán en el escenario donde la temperatura suba 7 ºC sobre los niveles preindustriales han sido dañadas. Pero, ¿es esto así? ¿Puede afirmarse que estas personas han sido dañadas?

Desde que las personas que vivirán en este escenario —en adelante *personas-7 ºC*— tendrán un nivel de bienestar muy bajo o morirán a causa del cambio climático, parece que su bienestar será gravemente afectado de modo negativo y, por tanto, que han sido dañados. Sin embargo, de acuerdo con la concepción de daño más ampliamente aceptada, el bienestar de una persona es afectado de modo negativo cuando el sujeto en cuestión se encuentra en una condición que es peor que aquella en la que habría estado si el agente que actuó hubiese obrado de otro modo.[14] De acuerdo con esta concepción de daño, comúnmente denominada *contrafáctica*, para afirmar que las *personas-7 ºC* han sido dañadas, tiene que ser verdadero que las *personas-7 ºC* habrían estado en una mejor condición si el Presidente Narcisista no hubiese obrado como lo hizo.

El problema es que, como ha mostrado PARFIT, "del mismo modo que nuestros actos y políticas tienen efectos sobre la calidad de vida de las personas futuras, ellos también pueden afectar a quiénes serán los que vivirán luego".[15] [16] Este asunto se conoce en la literatura como *problema de la no identidad* o como *problema de la contingencia de las personas futuras con relación a nuestras decisiones*.[17] El problema descansa en pequeños detalles relacionados con el modo en que los seres humanos nos reproducimos. Estos detalles son importantes dado que, independientemente de cuál sea la teoría de la identidad personal que se apoye, es verdadero que cada persona surge de un óvulo y de un espermatozoide particular. Por lo tanto, si una persona no hubiese sido concebida en el espacio de un mes alrededor del momento en que fue concebida, de hecho, nunca habría existido.[18] El inconveniente radica en el hecho referido a que, de acuerdo con cuál sea la acción que se realice, la identidad de la persona resultante será diferente. Como esto es así, entonces, dichas acciones no pueden empeorar el estado en el que estarán los sujetos que existirán como consecuencia de aquellas. En esta clase de situaciones, entonces, la concepción

[14] Cf. FEINBERG, *supra* nota 11, p. 26.
[15] PARFIT, *On What Matters: Volume Two,* Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 218
[16] La traducción es mía.
[17] Este problema fue popularizado por PARFIT en *Reasons and Persons,* Oxford, Clarendon Press, 1987, Cap. 16.
[18] Cf. PARFIT, *supra* nota 17, p. 352.

contrafáctica de daño no puede explicar por qué las personas futuras cuya existencia se debe a la misma acción que afecta su bienestar han sido dañadas.

El caso del Presidente Narcisista es de ese tipo. Sin embargo, difiere en un aspecto relevante de los clásicos casos de no-identidad discutidos en el ámbito de las decisiones reproductivas. Los casos de decisiones reproductivas involucran *directamente* el problema de la no-identidad dado que, en tales situaciones, la acción de concebir genera un solo curso causal del que se derivan dos consecuencias: la existencia del ser afectado y la afectación a su nivel de bienestar. En cambio, casos como el del Presidente Narcisista involucran *indirectamente* el problema de la no identidad. En este tipo de casos, una acción tiene consecuencias que inician un conjunto de cadenas causales que —al igual que antes— también tendrán un efecto decisivo tanto sobre la existencia de los seres afectados como sobre su nivel de bienestar.[19] Es decir, la acción del Presidente Narcisista genera, por un lado, cambios en los comportamientos reproductivos y, por el otro, efectos catastróficos en el futuro. Sin embargo, aun así, dado que es la misma acción la que genera ambos conjuntos de cadenas causales, es verdadero que, si el Presidente Narcisista no hubiese retirado a los Estados Unidos del Acuerdo de París, las *personas-7 ºC* no habrían estado mejor; en ese caso, nunca habrían existido. Esto es así porque las *personas-7 ºC* no estarán en ninguna condición que sea peor que otra en la que habrían estado si el Presidente Narcisista hubiese obrado de otro modo.[20] Por lo tanto, si nos mantenemos firmes en la concepción clásica contrafáctica de daño, dado que dicha noción requiere que las personas afectadas (*personas-7 ºC*) estén peor de lo que habrían estado si el Presidente Narcisista no hubiese obrado como lo hizo, tenemos que afirmar que la acción del Presidente Narcisista no las daña.[21] Si aceptamos tal concepción contrafáctica clásica de daño, en

[19] Debo agradecer a Leandro Dias por presionar sobre esta distinción.

[20] Huelga decir que habrá, probablemente, algunas personas futuras cuya existencia e identidad es independiente de la acción del Presidente Narcisista. Con relación a estas personas, es posible pensar que la noción contrafáctica de daño explica por qué serán dañadas. Sin embargo, con relación a estas personas el problema es que, por si sola, la acción del Presidente Narcisista no puede hacer que su bienestar sea peor de un modo perceptible. Explicaré este punto en la sección siguiente cuando analice el problema de los daños por acumulación.

[21] En otro lado he explicado por qué tanto la noción clásica contrafáctica de daño como otras versiones más sofisticadas no pueden resolver el problema de la no-identidad de manera plausible, cf. TRUCCONE BORGOGNO, "Derecho, moral y el problema de la no identidad: apuntes sobre el concepto de daño", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 38, 2015, pp. 477-482 y 487-492 y TRUCCONE BORGOGNO, "Entre la utilidad y el daño: el problema de la no-identidad", en *Télos, Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, XXI/2, 2017, pp. 73-82.

casos como este, el principio de daño no aporta ninguna razón en favor de la criminalización de tal clase de conductas, sencillamente, porque no puede identificarse ninguna especie de daño.[22]

Para que el principio de daño (internacional e intergeneracional) pueda aportar razones en favor de la justificación moral de la censura penal de la clase de conductas que estamos considerando, entonces, debemos abandonar las nociones contrafácticas de daño. Una alternativa es apelar a concepciones donde el daño es *intrínseco*. Es decir, nociones que no requieren que las personas afectadas se encuentren en una condición que sea peor que su alternativa para afirmar que se está sufriendo un daño. Una de estas concepciones es la que se conoce como noción de umbral de daño. De acuerdo con esta noción —desarrollada en detalle por MEYER— una persona ha sido dañada cuando alguien ha causado que el nivel de bienestar de la persona afectada sea menor que aquel que esa persona tiene derecho a tener, según un estándar normativamente relevante.[23] De acuerdo con esta noción, si es posible afirmar que *las personas-7 ºC* (en el caso del Presidente Narcisista) se encontrarán en un estado que está debajo de un umbral relevante, entonces ellas habrán sido dañadas. Obviamente, la plausibilidad de esta propuesta requiere que sea posible especificar un nivel de bienestar respecto del cual el derecho de una persona es violado si se incumple el deber negativo de no causar que una persona esté debajo de dicho estándar.[24] En el caso que estamos analizando, tal estándar puede especificarse de manera plausible apelando a tres derechos humanos que, de acuerdo con el análisis realizado por CANEY, son amenazados por el cambio climático: el derecho humano a la vida, a la salud y a la subsistencia.[25] Si se acepta esta noción de daño y se especifica el umbral de daño en términos del nivel de bienestar requerido para satisfacer estos tres derechos humanos, entonces, podemos afirmar que el principio de daño (internacional e intergeneracional) efectivamente aporta razones en favor de la criminalización del tipo de conducta desarrollada por el Presidente Narcisista.

---

[22] En otro lado he explicado cómo lidiar con la criminalización de casos atravesados por el problema de la no-identidad en asuntos de derecho penal interno, cf. TRUCCONE BORGOGNO, "El equilibrio como proyecto jurídico penal: consideraciones sobre la importancia de la obra de Fabián Balcarce para la defensa del derecho a no ser castigado por conductas inocuas", en AROCENA/CESANO, *Repensando los métodos y desafíos del derecho penal del Siglo XXI: homenaje al Prof. Dr. Fabián Balcarce*, Córdoba, Marcos Lerner, 2018, pp. 100-109.

[23] Una defensa detallada de la noción de umbral de daño puede verse en MEYER, "Past and Future: The Case for a Threshold Notion of Harm" en MEYER/PAULSON/POGGE (eds.), *Rights, Culture, and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 2003, pp. 143-159.

[24] Cf. MEYER, *supra* nota 4, pp. 67-82.

[25] Cf. CANEY, "Climate change, human rights and moral threshold" en HUMPHREYS (ed.), *Human Rights and Climate Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 75-83.

Aceptar la noción de umbral de daño no requiere que se abandone la noción contrafáctica. Esto es importante porque existen ciertos casos donde un sujeto causa que el nivel de bienestar de otro sea menor que el que habría tenido de otro modo, pero, sin embargo, no es posible afirmar que el nivel de bienestar del sujeto afectado sea menor que el umbral de daño definido de modo plausible. En estos casos, si uno adoptara una noción de daño exclusivamente fundada en el umbral habría que afirmar que no se ha causado daño. P. ej., muchas acciones que son realizadas en este momento, tales como los vuelos transoceánicos, el consumo de carne animal y otras conductas asociadas con lo que suele ser llamado "consumismo" son parte de un estilo de vida que hacen que las personas tengan un nivel de bienestar bastante alto. Si alguien impidiese que las personas realizaran tales acciones parece claro que ellas han sido dañadas. Después de la acción del agente que impide la realización de tales acciones, el o los agentes afectados van a estar peor de lo que habrían estado de otro modo. Sin embargo, bajo condiciones normales, sería extraño sostener que tales personas estarán —como consecuencia de tales acciones— debajo de algún umbral de daño definido de modo plausible. O para poner un ejemplo propio del terreno penal —aunque en el ámbito interno— piénsese un caso donde alguien entra en la mansión de un multimillonario y le sustrae uno de sus convertibles nuevos mientras el dueño del vehículo no está en su casa.[26] En este tipo de casos, el dueño del convertible ha sido claramente dañado luego de que su auto ha sido sustraído. Sin embargo, la noción de umbral de daño no puede explicar por qué esto es así. El multimillonario, luego de la sustracción de su vehículo, no está —al igual que las personas de la situación anterior— debajo de ningún umbral de bienestar normativo plausiblemente definido.[27] Por esta razón, como concepción de daño debe adoptarse una tesis que combine tanto la noción de umbral como la contrafáctica. Una versión plausible de tal aproximación es la siguiente:

(Combinada): una persona ha sido dañada solo si:

[a] está en un estado por debajo del umbral, o

[b] está en un estado E tal que, si E no hubiese tenido lugar, esa persona se habría encontrado en un estado mejor.

[26] He tomado este ejemplo de MEYER, *supra* nota 23, p. 154.

[27] He argumentado por qué esta y otras concepciones de daño edificadas exclusivamente sobre nociones de daño intrínseco no son satisfactorias en TRUCCONE BORGOGNO, "Daño al futuro: ¿puede el no comparativismo resolver el problema de la no-identidad?", en *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, n.º 70, 2017, pp. 83-96; y en TRUCCONE BORGOGNO, "Derecho, moral y el problema de la no identidad: apuntes sobre el concepto de daño", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 38, 2015, pp. 482-485.

Si se adopta esta tesis *combinada* como concepción relevante de daño, el principio de daño puede explicar por qué existen buenas razones a favor de la criminalización de conductas que tiendan a proteger a las personas futuras incluso en aquellos casos donde la existencia de tales personas es contingente con relación a la comisión de la acción que las afectará, tal y como ocurre en el *postericidio* ejemplificado con el caso del Presidente Narcisista. Esto es así porque la tesis combinada incluye entre sus cláusulas una concepción de daño fundada en el umbral y, como hemos argumentado, la noción de umbral de daño no es afectado por el problema de la no-identidad. Asimismo, tal tesis combinada, dado que también incluye la noción contrafáctica entre sus cláusulas, permite mantener las ventajas usualmente asociadas a la noción clásica contrafáctica de daño.[28] Sin embargo, dado que es un enfoque que combina dos tipos diferentes de daño, para que sea completamente satisfactoria como tesis sobre qué significa que alguien haya sido dañado debe poder explicar cómo medir la gravedad de los diferentes tipos de daño. En otro lugar he explicado tanto cómo debe desarrollarse esta tarea como también qué consecuencias se siguen de ello para la solución de distintos problemas clásicos de la parte general del derecho penal en el terreno interno.[29] No obstante, para los fines de este trabajo no es necesario adentrarse en tal discusión, pues el objetivo está dado solo por poder encontrar una noción plausible de daño sobre la cual el principio de daño pueda edificarse y responder a la pregunta de si existen buenas razones para censurar el crimen de postericidio. Como he argumentado, la noción de umbral de daño (como parte de un enfoque combinado) satisface esta pretensión.

[28] En otro lugar he defendido por qué esto es así. Cf. TRUCCONE BORGOGNO, "Daño y el problema de la no-identidad", en *Ideas y Valores: revista colombiana de filosofía*, n.º 172, abril 2020 (en prensa).

[29] Sobre este punto he argumentado que: 1) los daños fundados en el umbral son más graves que los daños fundados en el contrafáctico; 2) los daños fundados en el contrafáctico siempre agregan gravedad adicional a los daños fundados en el umbral; 3) la comparación entre la gravedad de los daños fundados en el umbral con la gravedad de los daños fundados en el contrafáctico solo puede ser imprecisa. Para una defensa completa de esta tesis *véase* TRUCCONE BORGOGNO, "Consideraciones sobre la fuerza de las razones en contra de dañar", en *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, vol. 50, n.º 149 (agosto), 2018, pp. 31-57; para un análisis de las consecuencias que se siguen de tal tesis para resolver problemas específicos de la parte general del derecho penal, véase TRUCCONE BORGOGNO, "Un concepto de daño y sus consecuencias para la parte general del derecho penal", en *Política Criminal*, vol. 12, n.º 24, 2017, pp. 1184-1210. Sin embargo, antes de argumentar en favor de esta tesis creía —de forma equivocada— que la noción contrafáctica de daño no aportaba gravedad adicional al daño fundado en el umbral cuando el nivel de bienestar del sujeto afectado se encuentra debajo de tal umbral. Para una defensa de esta posición, véase TRUCCONE BORGOGNO, "El peso de los daños: estados de daño y razones para no dañar", en *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*, vol. V, n.º 4, pp. 1-25. He realizado una ejemplificación de las consecuencias de tal tesis para la discusión sobre la distinción entre estado de necesidad justificante y exculpante, en TRUCCONE BORGOGNO, "Estado de necesidad y daño: sobre la distinción entre justificación y excusa", en *Lecciones y Ensayos*, n.º 97, 2016, pp. 271-293.

III. Postericidio y el problema de los daños por acumulación

En el apartado anterior he mostrado cómo acciones como las del Presidente Narcisista causarán daño a las personas futuras (*personas-7 ºC)* que vivirán en el mundo donde la extinción es una posibilidad cercana. Sin embargo, para que existan buenas razones en favor de la criminalización es necesario —también— que el daño efectivamente causado a cada una de esas personas, derivado de acciones como las del Presidente Narcisista, sea lo suficientemente grave como para ser objeto de regulación penal. El asunto es que la acción del Presidente Narcisista no puede —por sí sola— causar tales daños graves. Solo puede hacerlo si sus efectos se combinan con los de otras acciones similares.[30] El problema que debemos enfrentar, entonces, no es ya explicar por qué acciones como las del Presidente Narcisista son dañosas sino explicar por qué el daño que tal acción causa sobre cada una de las personas futuras es lo suficientemente relevante para hacer que su acción sea incorrecta. Es decir, ¿cómo podemos explicar que la acción del Presidente Narcisista es incorrecta si los daños que causará sobre cada una de las personas afectadas puede que no sea lo suficientemente grave?[31]

Para responder a esta pregunta, primero, debe notarse que el caso del Presidente Narcisista difiere en un aspecto relevante de los clásicos casos de daños por acumulación. En los clásicos casos de daños por acumulación cada una de las acciones individuales no es capaz de generar un

[30] Existe un punto aquí que no puedo discutir en detalle pero que, sin embargo, es importante tener presente. El problema de la irrelevancia moral de los daños imperceptibles solo se aplica a aquellos casos donde la existencia de las personas futuras *es independiente* de la acción en cuestión. Es decir, los casos de no-identidad no deben afrontar el problema de los daños por acumulación. En los casos de no-identidad, la acción del Presidente Narcisista causa sobre las personas cuya existencia se debe a tales decisiones un daño muy grave dado que ellas se encontrarán viviendo en un mundo donde su nivel de bienestar será muy bajo y, en ausencia de tal acción, ellas no habrían existido. De manera que el daño que ellas sufrirán bajo ningún punto de vista puede catalogarse como pequeño o imperceptible. Esto no quiere decir que no haber existido nunca hubiese sido mejor. Afirmar tal cosa es irrazonable desde que, en ese caso, no hubiese habido nadie que "no hubiese existido". Sin embargo, tener una vida con un nivel de bienestar muy bajo es algo que le pasa a un sujeto real y, por tanto, puede afirmarse que es malo (o muy malo) para él. (Cf. MEYER, "Can Actual Future People Have a Right to Non-Existence?", en *Archives for Philosophy of Law and Social philosophy*, Beitheft 67: Rights, 1997). Sin embargo, la acción del Presidente Narcisista no tendrá efectos sobre la existencia de muchas de las personas que vivirán en 2100 (de hecho, muchas de ellas puede que ya hayan nacido). Con referencia a todas estas personas el problema de la relevancia moral de los daños imperceptibles es realmente importante.

[31] Aunque a gran escala, la estructura de esta situación es muy similar al problema analizado históricamente bajo el rótulo de daños por acumulación. El problema clásico referido a este tipo de daños es que es ampliamente sostenido que si una acción tiene un efecto que es imperceptible o minúsculo sobre cierto bien, el resultado de tal acción no puede catalogarse como daño en un sentido relevante para hacer que tal acción sea incorrecta. Sin embargo, el problema es que la sumatoria de tales consecuencias pequeñas o imperceptibles de actos individuales pueden producir, al cabo de un tiempo, resultados catastróficos. La discusión sobre este asunto ha recibido la influencia de FEINBERG, *supra* nota 7, pp. 225-232.

daño grave. En cambio, el daño causado por acciones como las del Presidente Narcisista es de dimensiones considerables. Lo que sucede es que el daño que sufrirá cada una de las personas afectadas, efectivamente causado por la acción del Presidente Narcisista, es pequeño. El daño será grave para cada una de las personas afectadas si a la acción del Presidente Narcisista se le suman las de otros agentes. Esta característica del caso simplifica nuestro análisis dado que no tenemos que argumentar en favor de afirmar que la acción del Presidente Narcisista causa un gran daño. Ese extremo no es problemático aquí. El Presidente Narcisista con su acción de retirarse del Acuerdo de París efectivamente causará un gran daño a las personas futuras. Lo que sucede es que tal daño se distribuye o divide entre un gran número de personas, ninguna de las cuales podría afirmar que el daño que sufre es perceptiblemente peor que aquel que habrían sufrido en ausencia de la acción del Presidente Narcisista. Por lo tanto, la tarea que debemos emprender es la de explicar por qué las acciones cuyos efectos dañosos son imperceptibles para las personas afectadas son moralmente incorrectas.

PARFIT afirma que mucho de este problema se deriva de dos suposiciones plausibles, presentes en nuestro razonamiento moral, pero que juntas llevan a resultados absurdos:

(A) Los daños no pueden ser *imperceptiblemente* más graves o más leves. El daño que sufre una persona no puede ser más leve o peor si esta persona no puede notar (de ninguna manera posible) la diferencia.

(B) Las relaciones *"al menos tan malo como* y *no peor que"*, cuando se aplican a daños, son transitivas. Por lo tanto, si el daño en el resultado (2) no es peor que en el resultado (1), y si este daño en el resultado (3) no es peor que en el resultado (2), el daño en el resultado (3) tampoco es peor que en el resultado (1).[32]

En el asunto referido al cambio climático, muchos de los daños que sufrirán las personas en el futuro se deben a que, en el pasado, distintos Estados han realizado emisiones de gases de efecto invernadero. De hecho, desde 1870 a 2018 se ha usado más del 75% del presupuesto de carbono disponible hasta 2050.[33] Estas emisiones, por sí solas, ya son capaces de afectar de manera negativa a las personas futuras que vivirán en el año 2100, causándoles distintos tipos de daño. Llamemos a

[32] He tomado estas expresiones de PARFIT, *supra* nota 17, p.78. En las expresiones originales, el autor no habla de daños sino de dolor.
[33] Cf. https://www.ccca.ac.at/en/homepage/ [enlace verificado el 21 de noviembre de 2018].

este estado de cosas resultado (1). En el resultado (1), por lo tanto, estas personas sufrirán cierto nivel de daño. El Acuerdo de París, entre otras cosas, está destinado a que los daños que sufrirán esas personas *no sean peores que* los que serían sufridos en ese resultado (1). Ahora bien, el Presidente Narcisista decide retirar a los Estados Unidos del Acuerdo de París. Aunque esta decisión —por sí sola— tendrá efectos sobre el nivel de bienestar de las personas futuras, la cantidad de daño que implica para cada una de estas personas futuras es demasiado pequeña como para ser percibida. De acuerdo con (A), el daño que sufrirá cada persona futura *no puede ser peor* (más grave) si estas personas no pueden notar (de ninguna manera posible) la diferencia. Si esto es así, cada persona que vivirá en este resultado (2) sufrirá un daño que *no es peor que* el que sufriría en el resultado (1). Pensemos ahora que el presidente de China decide retirar también a su país del Acuerdo de París y, como antes, ninguna de las personas futuras afectadas puede notar que el daño que sufrirán es más grave. De acuerdo con (A), cada persona que vivirá en este resultado (3) sufre un daño que *no es peor* que el que sufriría en el resultado (2). De acuerdo con (B), como "*no peor que*" cuando se aplica a daños es una relación *transitiva*, el daño que sufren las personas en el resultado (3) *no es peor que* el daño que sufrirían en el resultado (1). Las mismas afirmaciones se aplican si un mayor número de jefes de estado deciden retirar a sus países del Acuerdo de París. La consecuencia es que, en el resultado, p. ej., (10) cuando el mundo se encuentra en una situación cercana a la extinción (A) y (B) juntas implican que cada persona estará sufriendo un daño que *no es peor que* el daño que sufrirían en el resultado que tendría lugar si todos los Estados se mantienen en el Acuerdo de París. Conclusiones como esta, como afirma PARFIT, son absurdas. Por lo tanto, debe rechazarse o (A) o (B).[34]

Si se rechaza (A), uno debe admitir que el daño que sufre una persona puede ser peor (más grave) aún si esta persona no puede notar (de ninguna manera posible) la diferencia. De acuerdo con esta tesis, la acción del Presidente Narcisista es incorrecta aun si el daño que causa a cada una de las personas futuras es pequeño como para ser percibido por ellas. En cambio, si uno rechaza (B), es porque se cree que expresiones como "*al menos tan malo como*" y "*no peor que*" no son relaciones transitivas. La ventaja de rechazar (B) es que no debe rechazarse (A). Sin embargo, si ese es el caso se tiene que aceptar que, aunque acciones como las del Presidente Narcisista no hacen que el daño que sufre cada una de las personas futuras afectadas sea peor o más grave, su acción *junto* con otras sí tendrá tal efecto. Para explicar estas dos posibilidades, PARFIT se vale del siguiente par de ejemplos:

[34] PARFIT, *supra* nota 17, p. 79.

(Los viejos malos días) Hay mil torturadores. Cada uno de ellos tiene una víctima y una máquina que produce dolor. Al comienzo de cada día, cada víctima está sufriendo un dolor leve. Cada uno de los torturadores gira el interruptor de su máquina mil veces. Cada giro de este interruptor hace que el dolor de su víctima sea imperceptiblemente peor. Sin embargo, después de mil giros de interruptor cada víctima está sufriendo un daño grave que continúa por el resto del día.[35] [36]

El comportamiento de cada torturador es claramente dañoso e incorrecto. En términos penales, el accionar de cada uno de ellos constituye lo que se denomina delito continuado. Lo que cada uno hace, luego de mil giros en el interruptor, es causarle a cada una de sus víctimas un dolor muy grave. Si la acción del Presidente Narcisista fuese como la de los torturadores en *los viejos malos días,* entonces, no habría obstáculos en afirmar que tal acción es incorrecta. Una situación de este tipo seria aquella donde este presidente decide realizar varios enterramientos de diferentes cantidades de basura radiactiva que, en el futuro —poco a poco— liberará radiación que irá afectando durante su vida a una persona hasta que —en determinado momento— esa persona termina viviendo con un nivel de bienestar muy bajo o gravemente enferma. En este caso, la acción del Presidente Narcisista, al igual que la de los torturadores en *los viejos malos días* causará que una persona sufra un daño muy grave. Sin embargo, la acción del Presidente Narcisista, al retirar a los Estados Unidos del Acuerdo de París no causa por sí sola un daño grave a una víctima individualizable. De manera que el ejemplo de *los viejos malos días* no puede explicar la incorrección moral de la acción del Presidente Narcisista. Pero veamos el segundo ejemplo:

(Los torturadores inofensivos) Cada uno de los mil torturadores presiona un botón que hace que el interruptor gire una vez en cada una de las mil máquinas. Desde que todos los interruptores son, de nuevo, girados mil veces, todas las víctimas sufren el mismo dolor severo. Sin embargo, desde que el acto de cada torturador hace que cada interruptor gire solo una vez, ninguno de estos actos hace que el dolor de cualquiera de estas víctimas sea perceptiblemente peor.[37] [38]

[35] PARFIT, *supra* nota 17, p. 80 y PARFIT, *On What Matters: Volume Three*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 424.
[36] La traducción es mía.
[37] PARFIT, *supra* nota 17, p. 80 y PARFIT, *supra* nota 35, p. 424.
[38] La traducción es mía.

Los torturadores creen que, en este caso, ninguno de sus actos es incorrecto. Esto es así porque ninguno de sus actos causa que alguien esté peor de un modo perceptible. El Presidente Narcisista puede hacer una afirmación similar. Retirar a los Estados Unidos del Acuerdo de París no causa que ninguna de las personas futuras que vivirán en el mundo donde la humanidad está próxima a la extinción esté perceptiblemente peor. Por lo tanto, él puede afirmar que su acción no es incorrecta. Imaginemos que rechazamos (A), de manera que creemos que el daño que sufre una persona puede ser peor (más grave) aun si esta persona no puede notar (de ninguna manera posible) la diferencia. Si hacemos esto, entonces, podemos explicar por qué tanto la acción de los torturadores inofensivos como la del Presidente Narcisista es incorrecta. La explicación radica en que los torturadores inofensivos causan sobre sus víctimas exactamente el mismo dolor que infligían en *los viejos malos días* cuando su acción era claramente dañosa e incorrecta. Del mismo modo, dado que la acción del Presidente Narcisista era dañosa e incorrecta en el caso donde enterraba residuos radiactivos, su acción tiene que ser incorrecta aquí también debido a que el daño que causa sobre las personas futuras es exactamente igual de grave. PARFIT denomina a esta tesis *enfoque del acto único*.[39]

Si aplicamos esta tesis al caso del Presidente Narcisista podemos afirmar que acciones como las que realiza al retirarse del Acuerdo de París son incorrectas porque tal acto impone sobre las personas futuras un daño muy grave, aun cuando la cantidad de daño impuesto en cada una de estas personas, a causa de la específica acción del Presidente Narcisista, sea pequeña. Si uno acepta esta tesis es porque piensa que son normativamente relevantes los daños graves aun en aquellos casos en los que el sufrimiento experimentado por cada una de las personas afectadas es pequeño o imperceptible con relación a cómo sería el daño sufrido por las mismas personas en ausencia de la acción que provocó tal daño.

Sin embargo, es posible que uno no acepte que los daños que sufre una persona puedan ser más graves en aquellos casos en los que estas personas no puedan notar (de ninguna manera posible) la diferencia. Si esto es así no se ha rechazado (A) y, por tanto, el *enfoque del acto único* es inaceptable también. La alternativa, entonces, es aceptar (A) y rechazar (B). En este caso se debe aceptar que el daño que sufre una persona no puede ser considerado peor (más grave) si esta persona no puede notar (de ninguna manera posible) la diferencia. Si uno acepta esta posibilidad, la explicación de por qué los *torturadores inofensivos* actúan de modo incorrecto no puede apelar a lo

[39] PARFIT, *supra* nota 35, p. 425.

que cada uno hace. Se debe admitir que, incluso si ninguna de sus acciones hace que el daño que sufren las víctimas sea peor (o más grave), sus actos son incorrectos porque cada acción es una de un *conjunto* que hace que el daño que sufrirán sea mucho peor. Es posible llegar a esta conclusión dado que esta posición, llamada por PARFIT *enfoque de los actos múltiples*,[40] nos autoriza a rechazar (B), es decir, nos permite rechazar que las relaciones como "*no peor que*" y "*al menos tan malo como*" son transitivas.

En el caso del Presidente Narcisista esta tesis nos permite afirmar que su acción es incorrecta porque tal acto es uno de un grupo de actos que, de manera *conjunta*, causarán un gran daño a un gran número de personas, aun cuando su acción individual no es capaz —por sí sola— de causar daño en un sentido relevante. Bajo este segundo enfoque, uno puede afirmar que el daño sufrido por las personas futuras en el resultado (2), es decir, luego de que el Presidente Narcisista retira a los Estados Unidos del Acuerdo de París, *no es peor que* el daño que sufrirían estas personas en el resultado (1) cuando todos los Estados se mantienen dentro del Acuerdo de París. También nos permite afirmar que el daño sufrido por las personas futuras en el resultado (3), es decir luego de que el Presidente de China retira a su país del Acuerdo de París, *no es peor que* el daño que sufrirían estas personas en el resultado (2) y así sucesivamente. Sin embargo, como de acuerdo con esta posición, relaciones como "*no peor que*" y "*al menos tan malo como*" cuando se aplican a daños no son transitivas, podemos evitar afirmar que en el resultado (10), es decir, cuando las personas futuras vivirán en un mundo cercano a la extinción (el escenario de los 7 ºC por sobre los niveles preindustriales) *no es peor que* el daño que sufrirían esas personas si todos los Estados se mantienen en el Acuerdo de París, es decir, bajo el resultado (1). De acuerdo con esta tesis no hay obstáculo para sostener que el daño sufrido por las *personas-7 ºC* en el mundo (10), es decir, en el escenario donde la extinción de la humanidad es una posibilidad cercana, es peor que el daño que estas personas sufrirían en el mundo (1), es decir en el escenario donde todos los Estados se mantienen en el Acuerdo de París.

Hasta aquí he reseñado dos modos de acuerdo con los cuales los daños causados por la acción del Presidente Narcisista hacen que su acción de retirarse del Acuerdo de París sea incorrecta. Sin embargo, ¿puede el principio de daño aportar buenas razones en favor de su criminalización? La respuesta a esta pregunta depende tanto de cuál de estas dos explicaciones sobre la incorrección moral de tal acción sea aceptada como de qué versión del principio de daño sea admitida. Para

[40] PARFIT, *supra* nota 35, p. 425.

responder a esta pregunta debemos abandonar la formulación neutral del principio de daño que he proporcionado al inicio de este trabajo. Según esta formulación, existen buenas razones para criminalizar de modo moralmente justificado una conducta si se encuentra relacionada de un modo adecuado con un daño identificable. Esta enunciación es demasiado vaga como para poder ser utilizada en este momento del trabajo. Por tal motivo proporcionaré tres posibles formulaciones de tal principio. KERNOHAN distingue entre el:

i. **(Principio de daño individual):** existen buenas razones en favor de la criminalización de una conducta si la acción de un individuo, por sí sola, puede causar daño a otros.

Y el:

ii. **(Principio de daño acumulativo):** existen buenas razones en favor de la criminalización de una conducta si la acción de un individuo: (a) por si sola puede causar daño a otros; o (b) es parte de una actividad acumulativa que provocará daño a otros.[41]

Estas dos formulaciones constituyen especies de lo que DUFF y MARSHALL llaman *principio de la conducta dañosa*. Sin embargo, a la par de este tipo de formulaciones, ellos proponen la siguiente:

iii. **(Principio de prevención de daño):** tenemos buenas razones para criminalizar un determinado tipo de conducta si [y solo sí] tal criminalización será eficiente para prevenir daño a otros.[42]

No haré consideraciones sobre la aceptabilidad de cada una de estas versiones, sino que solo intentaré mostrar bajo qué tipo de formulación del principio de daño puede sostenerse que existen buenas razones para criminalizar acciones como las del Presidente Narcisista.[43] Lo primero que debe afirmarse es que bajo las formulaciones ii y iii (acumulativo y de prevención) el principio de daño aporta buenas razones en favor de la criminalización de actos como los del Presidente

[41] KERNOHAN, "Accumulative Harms and the Interpretation of the Harm Principle", en *Social Theory and Practice,* vol. 19, n.º 1, 1993, pp. 55-56.
[42] DUFF/MARSHALL, *supra* nota 7, pp. 134-135.
[43] Los trabajos de KENOHAN y de DUFF/MARSHAL proporcionan un análisis riguroso y sofisticado sobre las ventajas y desventajas de cada una de estas versiones del principio de daño. Cf. KERNOHAN, *supra* nota 41, y DUFF/MARSHALL, *supra* nota 7, pp. 132-139.

Narcisista, sea que la explicación de la incorrección de su acción sea proporcionada por el *enfoque del acto único* o por el *enfoque de los actos múltiples.* El *principio de prevención de daño* (iii) no requiere que la acción a censurar sea por sí misma dañosa. Solo requiere que, en ausencia de determinada criminalización, el tipo de conductas a censurar sea dañosa. Si la criminalización de conductas del tipo de la realizada por el Presidente Narcisista es eficiente para prevenir que las personas futuras sean dañadas, entonces, el principio de daño (bajo esta formulación (iii)) puede aportar buenas razones para que su censura penal esté moralmente justificada. El hecho de que dicha acción, por sí misma, no sea apta para hacer que el daño sufrido por las personas futuras sea peor —como afirma el *enfoque de los actos múltiples*— no es obstáculo para que su criminalización satisfaga los extremos del principio del daño. Obviamente, dado que de acuerdo con el *enfoque del acto único* acciones como las del Presidente Narcisista causan, por sí mismas, daño en un sentido relevante, tal formulación del principio de daño (iii) también puede aportar buenas razones para que tal acción dañosa sea criminalizada. Algo similar ocurre con la formulación (ii), es decir, con la que afirma que existen buenas razones para criminalizar una conducta aun si, por sí sola, no puede causar daño a otros, pero es, sin embargo, parte de una actividad acumulativa que provocará daño a otros. Bajo esta segunda formulación, el principio de daño aporta buenas razones en favor de la criminalización de acciones como las del Presidente Narcisista, sea que la explicación de la incorrección de sus actos esté dada por el *enfoque de los actos múltiples* o por el *enfoque del acto único*.

Sin embargo, ¿qué sucede con la formulación (1), es decir, con el *principio de daño individual*? Esta formulación del principio de daño es la que se encuentra en el corazón del pensamiento liberal y cuenta con mayor aceptación. Sin embargo, si esta es la formulación del principio de daño que se pretende adoptar —para que tal principio proporcione razones en favor de la criminalización de conductas como las del Presidente Narcisista— debe aceptarse que la explicación de por qué su acción es incorrecta es proporcionada por el *enfoque del acto único.* Si, en cambio, tal explicación es proporcionada por *el enfoque de los actos múltiples,* de acuerdo con tal formulación del principio de daño, no existen buenas razones para su criminalización. Esto porque (a) tal formulación requiere que el tipo de conducta a censurar sea por sí misma dañosa y (b) de acuerdo con el *enfoque de los actos múltiples* la acción del Presidente Narcisista no es, por sí misma, dañosa. Solo es dañosa cuando se la considera parte de un *conjunto* de actos que causarán un gran daño futuro.

IV. Conclusión

En este trabajo he argumentado que, de acuerdo con el principio de daño, existen buenas razones en favor de la justificación moral de la criminalización del *postericidio.* He analizado dos problemas relacionados con el concepto de daño. Sobre este asunto he argumentado que ni el problema de la no-identidad (o de la contingencia de las personas futuras con relación a nuestras decisiones) ni el problema de los daños por acumulación hablan en contra de que la criminalización del postericidio esté moralmente justificada. Para responder al primer problema he apelado y defendido una noción de umbral de daño (como parte de una noción combinada). La noción de umbral de daño puede responder al problema de la no-identidad dado que tal noción de daño es independiente de la identidad de las personas afectadas. Es decir, que para afirmar que una persona ha sido dañada, de acuerdo con esta noción de umbral de daño, no se requiere realizar una comparación entre el estado en que efectivamente estarán las personas afectadas y aquel en el que habrían estado de otro modo. De acuerdo con esta noción, en cambio, alguien ha sido dañado cuando su nivel de bienestar de es menor que aquel que esa persona tiene derecho a tener, según un estándar normativamente relevante. Si uno acepta esta concepción de daño, el principio de daño puede aportar buenas razones en favor de la criminalización del postericidio.

El segundo problema radicaba en poder explicar por qué las acciones como las del Presidente Narcisista son incorrectas si los daños que causarán sobre cada una de las personas afectadas puede que no sean lo suficientemente graves. Con relación a este asunto he sugerido que tal explicación está dada o bien por la tesis parfitiana del *acto único* o bien por la tesis —también parfitiana– de los *actos múltiples*. De acuerdo con la primera posición, las acciones como las del Presidente Narcisista son incorrectas porque causarán grandes daños, aun cuando el daño experimentado por cada persona será solo imperceptiblemente peor de lo que sería tal daño en ausencia de la acción en cuestión. De acuerdo con la segunda posición, acciones como las del Presidente Narcisista no causan daño. Sin embargo, son incorrectas porque son parte de un conjunto de actos que ocasionarán en el futuro un resultado catastrófico. Si se acepta el primer punto de vista como explicación de la incorrección moral de actos como los del Presidente Narcisista, el *principio de daño*, sea este entendido como *principio de la conducta dañosa (individual o acumulativa)* o como *principio de prevención de daño,* puede aportar buenas razones en favor de la criminalización del postericidio. En cambio, si uno no está dispuesto a aceptar tal explicación y prefiere la *tesis de los actos múltiples* como explicación de la incorrección moral de la conducta del Presidente Narcisista, entonces el *principio de daño* solo podrá aportar buenas razones en favor de la criminalización del

postericidio si es formulado como *principio de prevención de daño* o como *principio de la conducta dañosa acumulativa*.

V. Bibliografía

ALTMAN, Andrew/WELLMAN, Christopher, "A Defense of International Criminal Law", en *Ethics,* vol. 115, n.º 1, 2004, pp 35-67.

CANEY, Simon, "Climate change, human rights and moral threshold", en HUMPHREYS, S. (ed.), *Human Rights and Climate Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 69-90.

DUFF, R. Antony, *Answering for crime: responsibility and liability in the criminal law*, Oxford, Hart Publishing, 2007.

DUFF, R. Antony/MARSHALL, Sandra, "'Abstract Endangerment', Two Harm Principles, and Two Routes to Criminalisation", en *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice,* vol. 3, n.º 2, 2015, pp. 132-161.

FEINBERG, Joel, *Harm to others: the moral limits of criminal law,* vol. I, New York, Oxford University Press, 1984.

— *Harmless Wrongdoing: the moral limits of criminal law,* Nueva York, Oxford University Pres, 1988.

KERNOHAN, Andrew, "Accumulative Harms and the Interpretation of the Harm Principle", en *Social Theory and Practice,* vol. 19, n.º 1, 1993, pp. 51-72.

MCKINNON, Catriona, "Climate justice in a Carbon Budget", en *Climatic Change*, Springer, 2015.

— "Endangering humanity: an international crime?", en *Canadian Journal of Philosophy,* 47:2-3, 2017, pp. 395-415.

MEYER, Lukas, "Can Actual Future People Have a Right to Non-Existence?", en *Archives for Philosophy of Law and Social philosophy*, Beitheft 67: Rights, 1997, pp. 200-209.

— "Past and Future: The Case for a Threshold Notion of Harm", en MEYER, L./PAULSON, S./POGGE, T. (eds.), *Rights, Culture, and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 2003, pp. 143-159.

— "Justicia Intergeneracional", en TRUCCONE BORGOGNO, Santiago (comp.), *Justicia Intergeneracional: Ensayos desde el pensamiento de Lukas H. Meyer*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2017, pp. 23-134.

IPCC, *Climate Change 2014: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Core Writing Team, R.K. Pachauri and L.A. Meyer (eds.). IPCC, Geneva, 2014.

IPCC, *Summary for Policymakers. In Global warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty [*V. Masson-Delmotte, P. Zhai, H. O. Pörtner, D. Roberts, J. Skea, P. R. Shukla, A. Pirani, W. Moufouma-Okia, C. Péan, R. Pidcock, S. Connors, J. B. R. Matthews, Y. Chen, X. Zhou, M. I. Gomis, E. Lonnoy, T. Maycock, M. Tignor, T. Waterfield (eds.)]. World Meteorological Organization, Geneva, Switzerland, 32 pp. http://report.ipcc.ch/sr15/pdf/sr15_spm_final.pdf

MAY, Larry, *Crimes Against Humanity: A Normative Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

NINO, Carlos Santiago, *Los límites a la responsabilidad penal; una Teoría Liberal del Delito,* Buenos Aires, Astrea, 1980.

PARFIT, Derek, *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, 1987.

— *On What Matters: Volume Two,* Oxford, Oxford University Press, 2011.

— *On What Matters: Volume Three,* Oxford, Oxford University Press, 2017.

TRUCCONE BORGOGNO, Santiago, "Delitos acumulativos ambientales: una aproximación desde el republicanismo", en *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, año II, n.º 2, 2013, pp. 59-98.

— "Derecho, moral el problema de la no identidad: apuntes sobre el concepto de daño", en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 38, 2015, pp. 473-499.

— "El principio de lesividad en la cuestión ambiental: el caso Barrio Ituzaingó Anexo de la ciudad de Córdoba", en *Revista de la Facultad de Derecho* (UNC), vol. VI, n.º 2, 2015, pp. 193-213.

— "¿Qué significa que un bien jurídico ha sido lesionado?", en PEREZ ALVAREZ (dir.), DIAZ CORTES, L./HERREDERO CAMPO, M./VILLASANTE ARROYO, N. (coords.), *Propuestas Penales: Nuevos Retos y Modernas Tecnologías*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2016, pp. 131-146.

— "El peso de los daños: estados de daño y razones para no dañar", en *Revista Latinoamericana de Filosofía Política,* vol. V, n.º 4, 2016, pp. 1-25.

— "Estado de necesidad y daño: sobre la distinción entre justificación y excusa", en *Lecciones y Ensayos,* n.º 97, 2016, pp. 271-293.

— "Entre la utilidad y el daño: el problema de la no-identidad", en *Télos, Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas,* XXI/2, 2017, pp. 67-84.

— "Daño al futuro: ¿puede el no comparativismo resolver el problema de la no-identidad?", en *Daimon. Revista Internacional de Filosofía,* n.º 70, 2017, pp. 83-96.

— "Un concepto de daño y sus consecuencias para la parte general del derecho penal", en *Política Criminal,* vol. 12, n.º 24, Art. 14, 2017, pp. 1184-1210.

— "Consideraciones sobre la fuerza de las razones en contra de dañar", en *Critica: Revista Hispanoamericana de Filosofía,* vol. 50, n.º 149 (agosto), 2018, pp. 31-57.

— "El equilibrio como proyecto jurídico penal: consideraciones sobre la importancia de la obra de Fabián Balcarce para la defensa del derecho a no ser castigado por conductas inocuas" en AROCENA, G./CESANO, J. D., *Repensando los métodos y desafíos del derecho penal del Siglo XXI: homenaje al Prof. Dr. Fabián Balcarce,* Córdoba, Marcos Lerner, 2018, pp. 87-110.

— "Daño y el problema de la no-identidad", en *Ideas y Valores: Revista Colombiana de Filosofía*, n.º 172 abril, 2020 (en prensa).

VARGAS, Maximiliano A., "El principio de daño, una posible interpretación a partir de GARDNER/SHUTE", en *En Letra: Derecho Penal,* n.º 8, 2019.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año V, número 8, pp. 78-116

EL DELITO DEL MALDESARROLLO

Prof. Dra. María Laura BÖHM*

Fecha de recepción: 2 de abril de 2019
Fecha de aprobación: 29 de mayo de 2019

Resumen

En el contexto económico y político latinoamericano tienen lugar actividades transnacionales, especialmente extractivas, con un fuerte impacto en términos económicos y sociales, y generan en muchos casos violencias visibles e invisibles que se entrelazan con y profundizan contextos de carencias estructurales (necesidades básicas insatisfechas), culturalmente aceptadas. Esta naturalización de violencias y la posibilidad de excepciones en la aplicación de la ley explican la falta de responsabilización de los actores locales e internacionales que ejercen dicha violencia. Esta invisibilidad de la problemática, extendida en el tiempo, ha llevado a profundizar carencias en una clara falta a la promesa de desarrollo que promueven tales emprendimientos y propuestas políticas de desregulación. Se da así una espiral de profundización del maldesarrollo, puesto de manifiesto en la multiplicación de las violencias visibles e invisibles que tienen lugar en la región latinoamericana. Para trabajar sobre estos procesos, aquí se sugiere la categoría criminológica conceptual del delito del maldesarrollo.

Palabras clave: Desregulación económica – Violencia – Maldesarrollo

Title: The Crime of Maldevelopment

Abstract

In the Latin American economic and political context, transnational activities take place (especially extractive ones) with a strong impact in economic and social terms. In many cases,

* Abogada (UBA), Magister en Criminología (UNLZ, Buenos Aires), Diplom-Kriminologin y Doktorin der Philosophie (espec. criminología) (ambos Univ. Hamburg), investigadora post-doctoral (beca Alexander von Humboldt, Georg-August- Universität Göttingen). Profesora adjunta/DAAD, Departamento de Ciencias Sociales, Facultad de Derecho (Universidad de Buenos Aires). Contacto: marialaurabohm@derecho.uba.ar.

these activities generate visible and invisible violence, which are embedded in and deepen contexts of culturally accepted structural deficiencies (unmet basic needs). This naturalization of violence and the possibility of exceptions in the application of the law explain the lack of accountability of local and international actors who exercise such violence. This invisibility of the problem, extended over time, has led to deepening deficiencies in a clear failure to the promise of development (promoted by those international and local actors). There is thus a vicious circle of deepening of maldevelopment, manifested in the multiplication of the visible and invisible expressions of violence that takes place in the Latin American region. In this paper, it is suggested the conceptual criminological category of the crime of maldevelopment in order to approach these processes and their main actors.

Keywords: Economic deregulation – Violence – Maldevelopment

Sumario

I. Introducción; II. El contexto económico latinoamericano; III. Ocho casos de emprendimientos extractivos y (mal) desarrollo; IV. Los soberanos y sus territorios protegidos; V. La necesidad de responsabilización como vía hacia la paz territorial; VI. Explicaciones criminológicas que dan base a la propuesta que aquí se realiza; VII. El delito del maldesarrollo; VIII. Un concepto como incentivo para pensar sobre viejos problemas con nuevos enfoques.

I. Introducción

Una preocupación: el mal vivir de extensas porciones de la población latinoamericana.

Un objetivo: visibilizar, reflexionar e intervenir respecto de este malvivir, con la atención puesta en los factores y actores que lo generan o al menos co-generan.

Un concepto: el delito del maldesarrollo.

Una propuesta de definición:

El delito del maldesarrollo es el conjunto de interrelaciones y actividades en el contexto de políticas y emprendimientos económicos internacionales, transnacionales, regionales y nacionales que conllevan o han concretado el riesgo de obstaculizar la satisfacción de necesidades básicas en el nivel colectivo y participan así

en forma directa o indirecta en el ejercicio de la violencia cultural, estructural o física que impide el desarrollo sostenible e integral de una población en términos de paz económica, cultural y legal.

Es necesario hablar de maldesarrollo y denunciarlo para explicar que la promesa del desarrollo, fallida, una y otra vez reiterada, no es solo un concepto económico y social, sino que significa, entre otras cosas, muerte, enfermedad, hambre, desesperación y pérdida de recursos e identidad cultural para una gran parte de la población latinoamericana. Es un tema urgente para la criminología. Mientras que los números de la macroeconomía regional, según el Estado, fluctúan en ciclos, la violencia se repite y se profundiza. La violencia, al ritmo del maldesarrollo, se hace cada vez más visible en las transformaciones fronterizas entre las manifestaciones estructurales, culturales y físicas de procesos largos o breves, silenciosos o atronadores, en los que se reduce la posibilidad de realizar potencialidades individuales y colectivas.

En este artículo se aborda la relación causal entre la desregulación de intereses económicos internacionales y las formas de violencia que predominan en amplias extensiones del sur global. Más específicamente, se explica a partir del estudio de casos cómo empresas transnacionales que se benefician de la creciente desregulación de sus intereses económicos internacionales generan daños severos, quedan involucradas en la emergencia de violaciones de derechos humanos y contribuyen así al maldesarrollo en América Latina. Esto es aplicable a toda América Latina, en general, y, en particular y más específicamente, a la profundización de las violentas condiciones de vida en que se encuentran las poblaciones empobrecidas en el nivel local.

En un trabajo previo[1] fue explicado que los países latinoamericanos presentan profundas brechas sociales. Por un lado, hay elites políticas y económicas que han estado históricamente en contacto con actores extranjeros. Estas elites pueden ofrecer condiciones flexibles y protectoras a los actores económicos extranjeros incluso si estas condiciones a menudo van en contra de la protección de los derechos e intereses de la población local. Por otro lado, la mayoría de la población no tiene suficiente acceso a bienes fundamentales como alimento, agua, vivienda digna, educación, trabajo digno o actividades de recreación. Las bases estructurales e históricas de la desigualdad se encuentran —con variaciones— en todos los países de América Latina. En este contexto, la presencia de empresas transnacionales y el desarrollo de sus actividades son de

[1] BÖHM, "Transnational Corporations, Human Rights Violations and Structural Violence in Latin America: A Criminological Approach" en *Kriminologisches Journal*, 4/2016, pp. 272-293.

particular relevancia e impacto, ya que estas empresas habitualmente gozan de prestigio y apoyo en el nivel internacional, mientras que sus actividades tienen un impacto negativo directo sobre poblaciones marginalizadas. El espectro de violaciones de derechos humanos causadas por actividades comerciales e industriales incluye el desplazamiento de población cuando es forzado, involuntario o tiene lugar por medios fraudulentos, la contaminación de aguas y aire en zonas habitadas, el exterminio de flora y fauna, la supresión de derechos laborales, la expropiación de tierras ancestrales indígenas y el financiamiento de grupos armados involucrados en crímenes internacionales, entre muchas otras formas.

Usualmente, los actores económicos y de poder no son percibidos como infractores cuando el daño que pudiera haberse ocasionado es entendido como resultado del "normal" curso de las actividades comerciales o industriales. Cuando estos actores son además internacionales, como es el caso de las empresas transnacionales que son socias del país anfitrión en que dichas actividades se llevan a cabo, es frecuente que el impacto negativo de la actividad sea percibido incluso como menos grave. Por esta razón, ya hemos explicado, y retomamos aquí, la idea de que los conceptos de delito de cuello blanco, criminalidad de los poderosos y macrocriminalidad deberían ser considerados más allá del nivel nacional, es decir, especialmente en el nivel de los negocios transnacionales. La influencia que puede ejercerse desde el ámbito internacional en los tomadores de decisiones, los empresarios y las políticas corporativas es igual o incluso mayor que la que pueda realizarse en el nivel local, y por esta razón el impacto de las consecuencias positivas y negativas del comercio y la industria transnacionales en América Latina reproduce formas mayores de violencia estructural. Dado que en el nivel nacional e internacional algunos sectores de la población parecen ser superfluos, y ni los actores económicos y políticos locales ni los actores internacionales son respetuosos de sus derechos, y sumado esto a la previa situación de marginalización, aquellos sectores poblaciones a menudo no tienen la posibilidad de realizar una demanda fuerte y oportuna en favor de sus derechos. Las víctimas, por lo tanto, en su invisibilidad, inaccesibilidad y mudez, se hallan en el nivel nacional y también en el nivel internacional.

Siguiendo las ideas de aquel trabajo, este artículo expone el resultado de la investigación subsiguiente[2] realizada sobre ocho casos de violaciones de derechos y violencia en el contexto de emprendimientos extractivos llevados adelante por empresas transnacionales, o en el marco de políticas de inversión e intensificación de la producción para exportación. El estudio de estos casos ha hecho visibles las relaciones mencionadas en los párrafos anteriores entre la situación previa a que la empresa dé inicio a su actividad, donde se presenta generalmente un "contexto favorable" para el negocio transnacional, y la situación posterior, es decir, al momento en que la actividad se encuentra avanzada y luego de que la actividad haya cesado; se advierte en esta relación la violencia visible e invisible que es promovida por los contextos estructuralmente violentos. Antes y luego de que tenga lugar la actividad de la empresa, existen en todos los casos expresiones visibles/directas/físicas de violencia y expresiones invisibles/indirectas de violencia estructural y cultural. La violencia indirecta es entendida aquí como causa y como consecuencia de la discriminación histórica, política, social, económica, cultural y ambiental sufrida por partes importantes de la población del sur global y se analiza en sus interrelaciones con la violencia directa física. Estas formas de violencia causan daños severos a los individuos y así violan incluso los derechos fundamentales, como es el caso de situaciones de desempleo evitable, contaminación de aguas, falta de educación o la pérdida de tierras. Estas situaciones conducen, a menudo, a protestas, enfermedades, muertes, desplazamientos o delito callejero, que son formas visibles de violencia. Así, la violencia invisible rural y la violencia urbana visible pueden entenderse conjuntamente a través del análisis de cooperaciones político-corporativas en el nivel internacional y nacional. La "inseguridad" en las calles de América Latina puede entenderse, entonces, como estrechamente vinculada a las empresas locales comerciales y políticas que son inseparables de la internacionalización de los intereses económicos. Esto es, por decirlo de otro modo, una suerte de distopía: lo contrario a la promesa utópica del "desarrollo". Se da un círculo vicioso en el cual más violencia estructural y cultural conduce a más violencia física, y donde esta violencia física conduce a más violencia estructural y cultural, y así una y otra vez.

El artículo, entonces, introduce una nueva categoría criminológica y explica cómo las actividades interrelacionadas de economía, política, sociedad e instituciones en torno al *desarrollo* también pueden considerarse como un delito de maldesarrollo. El uso de una categoría conceptual

[2] BÖHM, *The Crime of Maldevelopment: International Deregulation and Violence in the Global South*, London/NY, Routledge, 2019.

en criminología para fines de descripción y análisis puede ser útil para las estrategias de visibilidad y rendición de cuentas que se podrían diseñar para lograr la responsabilidad, reparación y reintegración en casos de conflicto, en una coexistencia constructiva económica, cultural e institucional. El delito del maldesarrollo como una categoría conceptual en criminología se presenta por lo tanto como un amplio campo de reflexión e intervención; integra campos criminológicos nuevos y antiguos, lo que convierte a la propuesta en una herramienta analítica útil para la comprensión e intervención en la región latinoamericana actual.

II. El contexto económico latinoamericano

En América Latina las relaciones de violencia estructural, cultural y física[3] se dan desde los inicios mismos de su conformación y se vieron acentuadas en severidad y envergadura a partir de su primer contacto con el mundo europeo cristiano. Hay particularidades de violencia comunes presentes en la región con respecto a su vinculación con el resto del mundo (y con diferencias subregionales y en los distintos Estados) que se encuentran asentadas ya desde antes de las conformaciones estatales, es decir, desde aquellos primeros tiempos de la presencia europea en la región, determinante de patrones de violencia estructural, cultural y física en la actualidad.

La marginación y los intereses económicos internos y externos sobre la región, que tienen a la tierra como núcleo de conflictos,[4] no son por lo tanto una novedad del siglo XXI. Al llegar los

[3] Con estos conceptos se sigue la conceptualización de JOHAN GALTUNG. Su obra esencial sobre la violencia se encuentra dispersa en GALTUNG, "Violence, Peace, and Peace Research" en *Journal of Peace Research 6* (3), 1969, pp. 167 - 191; GALTUNG, *Menschenrechte anders gesehen*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1994; GALTUNG, P*eace by Peaceful Means: Peace and Conflict, Development and Civilization*, London, Sage, 1996; GALTUNG, *Tras la violencia, 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución. Afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerra y la violencia*, Bilbao, Bakeaz/Gernika Gogoratuz, 1998; GALTUNG, *Violencia, Guerra y su impacto*, 1998ª, disponible en: http://red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/081020.pdf (enlace verificado el 24/07/19); GALTUNG, *Violencia Cultural, Gernika Gogoratuz: Centro de Investigación por la Paz,* Fundación Gernika Gogoratuz, documento de trabajo N° 14, 2003; GALTUNG/ FISCHER (2013) Johan Galtung – *Pioneer of Peace Research,* Springer, libro electrónico, 2013. Para una introducción al concepto y sus posibilidades de utilización en el estudio de un contexto particular, véase BÖHM, "Violencia estructural – Ejercicio de análisis de la realidad de comunidades indígenas wichí, qom y pilagá en la provincia argentina de Formosa" en *Lecciones y Ensayos*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Nro. 98, 2017, pp. 51-99.

[4] ROMERO-CASTILLO, "Inversión agraria extranjera: ¿oportunidad o abuso?" en *Deutsche Welle*, 24 de mayo de 2012, disponible en https://www.dw.com/es/inversi%C3%B3n-agraria-extranjera-oportunidad-o-abuso/a-15972448 (enlace verificado el 25/07/19); GORENSTEIN, *Empresas transnacionales en la agricultura y la producción de alimentos en América Latina y el Caribe*, Buenos Aires, Nueva Sociedad/Friedrich Ebert Stiftung, 2016; GORENSTEIN/ ORTIZ, "La tierra en disputa. Agricultura, Acumulación de territorio en la Argentina reciente" en *Relaer* 1 (2), 2016, pp. 1–26; MATHIAS, "Matopiba: na fronteira entre a vida e o capital" en *EPSJV/Fiocruz.* 2017, disponible en

españoles las tierras eran ocupadas con el objetivo de obtener sus minerales, y es sabido que para ello los indígenas se transformaban en mano de obra esclavizada o, si tenían la suerte de ser "reducidos", solo semi-esclavizada.[5]

Este breve recordatorio histórico adquiere una segunda dimensión si se toma la idea de "autarquía" pensada por GALTUNG en el nivel internacional al valorar la importancia de la posibilidad de los Estados respecto del abastecimiento en ámbitos vitales como alimentación, energía y salud[6] y si se realiza el paralelo con la situación de los pueblos indígenas y campesinos a lo largo de la historia y hoy. El resultado es casi explícito en cuanto a las carencias reflejadas y los espacios de dependencia que se han perpetuado.

Así, lo que en algún momento pudo haber sido entendido en términos de conflicto etnopolítico,[7] devino con el tiempo en una situación estática de dependencia. La democratización que tuvo lugar con el correr del tiempo en distintos países latinoamericanos en distintas olas de más y más apertura y reconocimiento de derechos, desde principios del siglo XIX en adelante, y más recientemente, en las décadas post-dictaduras en la región, sin lugar a dudas no han tenido el alcance suficiente como para integrar en sus mecanismos y prácticas a toda la población.

En este sentido, se advierte la continuación de las tensiones entre proyectos de integración y la perspectiva sostenedora de nociones de ciudadanía,[8] lo que pone en crisis el concepto de democracia,[9] ya que grandes porciones de la población continúan ajenas a la real realización de sus

http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/matopiba-na-fronteira-entre-a-vida-e-o-capital (enlace verificado el 24/07/19); MIDRÉ /FLORES, *Élite ladina, políticas públicas y pobreza indígena*, Instituto de Estudios Interétnicos, Universidad San Carlos de Guatemala, Guatemala, Magna Terra, 2012; MARTÍNEZ SARASOLA, *Nuestros paisanos los indios. Vida, historia y destino de las comunidades indígenas en Argentina*, Buenos Aires, Del Nuevo Extremo, 2013.

[5] MIDRÉ/FLORES, *supra* nota 4; MARTÍNEZ SARASOLA, *supra* nota *4*.

[6] GALTUNG, *Menschenrechte…supra* nota 3, p. 173 y pp. 175 ss.

[7] BAECHLER, *Violence through Environmental Discrimination: Causes, Rwanda Arena, and Conflict Model*, *Social Indicators Research Series. Vol. 2,* Dordrecht, Springer-Science+Business Media, B.V., 1999, p. 90.

[8] KARSTEDT, "Democratization and Violence: European and International Perspectives" en BODY-GENDROT, y SPIERENBURG, (eds.) *Violence in Europe: Historical and Contemporary Perspectives*, New York, Springer, 2009, p. 2010.

[9] SILVEIRA GORSKI, "Por un espacio público no estatal. Contra la hegemonía neoliberal y el declive de la democracia" en RIVERA BEIRAS, (ed.) *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social*, Barcelona, Anthropos, 2014, pp. 99–112; SVAMPA, *Del cambio de época al fin de ciclo. Gobiernos progresistas, extractivismo y movimientos sociales en América Latina*, Buenos Aires, Edhasa, 2017.

derechos.[10] Las diferencias entre quienes están incluidos y quienes no, por otro lado, en muchos países de la región continúan aumentando.[11]

Los intereses económicos, por sí mismos, difícilmente redefinirán los términos —al menos en forma radical— de actuar. Pensemos en que: "Al menos en sus inicios, la esclavitud y el colonialismo fueron actos de individuos emprendedores y de compañías; los gobiernos entraron luego, a menudo con un efecto suavizante".[12] Se trata en muchos casos, todavía hoy, de la obtención de recursos naturales con intereses geopolíticos estratégicos, dado que tanto la energía como las nuevas tecnologías que se desarrollan en países industrializados dependen de estos.[13] Se ha llamado "acumulación por desposesión"[14] o incluso de "necrocapitalismo"[15] a los procesos por los cuales la expansión económica desmedida produce desplazamientos de titularidad y en el acceso a los recursos, lo que reduce cada vez más la dispersión y concentra cada vez más tierras y posesiones en manos de pocos grandes grupos. La inversión económica, por lo tanto, que debería conllevar el prometido desarrollo en la región, en muchos casos, produce el efecto contrario, por su impacto negativo y la perpetuación de dependencias económicas que genera. Eso ha sido estudiado con el nombre de maldesarrollo.[16]

Incluso en tiempos políticos en que en el nivel regional latinoamericano se ha procurado el aumento en la realización de derechos y el control de la actividad económica privada —también de la transnacional—, la naturaleza ha continuado siendo la fuente de generación de recursos económicos públicos por excelencia, con la consiguiente desprotección inmediata de la población local directamente vinculada a dichos recursos y áreas de explotación, y con el impacto mediato

---

[10] Este vínculo en otros contextos ha sido ya largamente estudiado, cfr. YUNUS, *Banker to the Poor: Micro-Lending and The Battle against World Poverty*, Nueva York, Public Affairs, 1999, 2003.

[11] Cfr. FAO (Food and Agriculture Organization), Informe: *The State of Food and Agriculture*, 2000, pp. 195-196, disponible en: http://www.fao.org/3/I9549EN/i9549en.pdf (enlace verificado el 24/07/19); OCDE, Informe: *An Overview of Growing Income Inequalities in OECD Countries: Main Findings*, en *Organisation for Economic Co-operation and Development. Divided We Stand. Why Inequality Keeps Rising*, 2001, 21-45; CIDH, *Informe sobre Pobreza y Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.164. Doc. 147, 5 de diciembre de 2017.

[12] GALTUNG, *Peace by Peaceful… supra* nota, 3, p. 49.

[13] Sobre los intereses de consorcios de Canadá y Estados Unidos, a modo ejemplificativo, véase CATALÁN LERMA, "Minería, una paradoja en el desarrollo de Zacatecas" en el sitio web de OCMAL, disponible en: https://www.ocmal.org/mineria-una-paradoja-en-el-desarrollo-de-zacatecas/ (enlace verificado el 24/07/19).

[14] ALTVATER, *Los límites del capitalismo. Acumulación, crecimiento y huella ecológica*, Buenos Aires, Mardulce, 2011, p. 34.

[15] BANERJEE, "Necrocapitalism" en *Organization Studies* 29 (12), 2008, pp. 1541–1563.

[16] ISLAM, "On the Controversies of Development and the Conceptual Evaluation of Maldevelopment" en *Premises and Process of Maldevelopment*, Stockholm, Bethany Books, 1987, pp. 71–103.

de profundización de violencias estructurales respecto de la realización de sus derechos. Esto ha sido llamado por algunos autores "progresismo marrón"[17] y está directamente vinculado a las ideas de "financierización de la naturaleza",[18] o mercantilización (comodificación, en el término castellanizado de "*commodification*") de la naturaleza,[19] que ya fue iniciada en tiempos de dictadura en la región, a partir de patrones de pensamiento fomentados en muchos casos en el norte global.[20]

De esta manera, el beneficio económico o de utilidad de la actividad no está en equilibrio con el elevado perjuicio que dicha actividad acarrea a la población del área. Así lo ha planteado también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al explicar la tensión entre la facultad (lo menciona como derecho) de cada Estado de definir las medidas que considere oportunas en términos de desarrollo, y los derechos humanos de quienes pueden verse afectados por tales medidas:

"La relevancia fundamental de este derecho contrasta con una realidad en la que gran parte de las actividades extractivas en los países de la región —principalmente de minería e hidrocarburos— se desarrollan en tierras y territorios históricamente ocupados por pueblos indígenas y tribales, que suelen coincidir con zonas que albergan gran cantidad de recursos naturales. Además, según la información al alcance de la CIDH, con alarmante frecuencia planes y proyectos de implementación de carreteras, canales, represas, hidroeléctricas, puertos, complejos turísticos, parques eólicos o similares tienen lugar en afectación a tierras y territorios indígenas y tribales. En algunas zonas del continente, el acaparamiento de tierras para ganadería y cultivos

[17] GUDYNAS, *Derechos de la Naturaleza, Ética biocéntrica y políticas ambientales*, Buenos Aires, Tinta Limón, 2015, p. 87 y *passim*.

[18] BRUCKMANN, "La financiarización de la naturaleza y sus consecuencias geopolíticas" en *Revista Diálogos del Sur*, 13 de febrero de 2017, disponible en https://dialogosdelsur.operamundi.uol.com.br/medio-ambiente/57341/la-financiarizacion-de-la-naturaleza-y-sus-consecuencias-geopoliticas (enlace verificado el 25/07/29).

[19] SVAMPA/VIALE, *Maldesarrollo: La Argentina del extractivismo y el despojo*, Buenos Aires, Katz, 2014; SVAMPA, *Del cambio de Época… supra* nota 9, p. 88; GUDYNAS, *supra* nota 17; GORENSTEIN, *Empresas transnacionales… supra* nota 4.

[20] HEREDIA, "Ideas económicas y poder durante la dictadura" en VERBITSKY, Horacio/ BOHOSLAVSKY, Juan P. (eds.) *Cuentas pendientes – Los cómplices económicos de la dictadura*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, pp. 47-63; TAIANA, "La geopolítica internacional de los apoyos económicos" en VERBITSKY, Horacio/ BOHOSLAVSKY, Juan P. (eds.) *Cuentas pendientes – Los cómplices económicos de la dictadura*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2013, pp. 65-77.

extensivos o monocultivos —como caña de azúcar, soja y palma africana— afectan especialmente a los pueblos indígenas y tribales, y sus tierras y territorios."[21]

Este pretendido desarrollo, que no es tal, por no ser realmente sostenible ni integral de los derechos de la población —toda—, es sin lugar a dudas violento, por lo que posibilidades de post-extractivismo se encuentran en evaluación para algunos autores.[22] Comparto, en este sentido, que:

"hay un desafío de pensar el post-extractivismo, a saber, elaborar alternativas a los modelos de desarrollo extractivo, agronegocios, megaminería, *fracking*, represas. Las cuales más allá de sus diferencias internas presentan una lógica común: gran escala, orientación a la exportación, amplificación de impactos ambientales y socio-sanitarios, preeminencia de grandes actores corporativos y retracción de las fronteras de la democracia".[23]

Las democracias, como base de posibilidad de la realización de derechos, requieren de esta transformación. En la actual situación, mientras tanto, las actividades extractivas se encuentran en su apogeo en el nivel regional, al punto de aumentar y fomentar intensamente y cada vez más la convocatoria de inversiones extranjeras, p. ej., mediante firmas de condiciones especiales para su realización a través de Acuerdos Bilaterales de Inversión o Tratados de Libre Comercio.[24] Dichos acuerdos, habitualmente, han acarreado dificultades debido a la excesiva liberalización de controles por parte de los Estados, por un lado, y por la excesiva libertad de queja que se coloca del lado del actor internacional inversor, por el otro.

---

[21] CIDH, *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Pueblos Indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales*. OEA/Ser.I./V/II. Doc. 47/15., 31 de diciembre de 2015, párr. 153.

[22] GUIDYNAS, *supra* nota 17; SVAMPA, *Del cambio de época…supra* nota 9.

[23] SVAMPA, *Del cambio de época…supra* nota 9.

[24] ZABALO, "Los acuerdos internacionales sobre inversión, otro obstáculo para el desarrollo de América Latina" en Gestión *en el Tercer Milenio, Rev. de Investigación de la Fac. de Ciencias Administrativas*, UNMSM, Vol. 11(22), Lima, 2008, pp. 27-39; GORENSTEIN/ORTIZ, "La tierra en disputa. Agricultura, Acumulación y territorio en la Argentina reciente" en *RELAER* 1 (2), 2016, pp. 1–26. P. ej., en las décadas de 1980 y 1990, movidos por la intención de reconocimiento político en el ámbito internacional, varios Estados latinoamericanos comenzaron a introducir la liberalización de las regulaciones nacionales (desregulación) y el desmantelamiento de las medidas de protección para los intereses locales con respecto a la inversión extranjera y comercial en relación con ciertas industrias, mediante firmas de acuerdos, cfr. SADIR, *El nuevo topo. Los caminos de la izquierda latinoamericana*, Barcelona, El Viejo Topo, 2009, pp.73 ss. De particular interés las áreas de minería metalífera (especialmente a cielo abierto); hidrocarburos (extracción tradicional y fracking); agroindustria (monocultivos, paquetes químicos y semillas y cultivos modificados genéticamente); energía hidroeléctrica, eólica y nuclear; y proyectos de infraestructura (carreteras y canales).

Así, la desregulación en el nivel latinoamericano reduce a través de los acuerdos de libre comercio el rango de acción del Estado o las posibles reclamaciones privadas.[25] Estos son, por lo tanto, elementos clave para la comprensión de la conducta indebida repetida hacia el medio ambiente y las personas que viven en ese entorno. Entre las cláusulas previstas en dichos acuerdos,[26] destaca por su relevancia en términos del posible conflicto e incluso conflicto social relacionado con las inversiones extranjeras, la cláusula sobre *tribunales supranacionales*, de acuerdo con la cual un organismo supranacional está autorizado para defender los intereses de los inversionistas externos con respecto a las acciones gubernamentales relacionadas con las inversiones. Incluso en los casos en que, en primera instancia, se prevé que es posible recurrir a los tribunales competentes del país en el que se liquida la inversión externa, se permite el acceso a un tribunal internacional (p. ej., el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones —CIADI— o la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional —CNUDMI, o UNCITRAL por su sigla en inglés—) si el tribunal local no decidió sobre el fondo del conflicto después de un corto período de tiempo, o si esa decisión del tribunal aún está pendiente, pero la disputa entre las partes continúa.[27]

---

[25] GORENSTEIN, *Empresas transnacionales…supra* nota 4, p.20.

[26] Véase la excelente presentación de GORENSTEIN, *Empresas transnacionales… supra* nota 4, con quien compartimos lo siguiente, al presentar las cláusula de: *Trato nacional*, según la cual los inversores extranjeros gozan de un trato similar a los inversores locales, lo que implica que cualquier trato diferenciado por el origen del inversor puede ser considerado como una actitud discriminatoria y generar por lo tanto la posibilidad de que el inversor extranjero reclame ante tribunales internacionales por los hipotéticos daños que pudiera sufrir; *Nación más favorecida*, cláusula que asegura al inversor la posibilidad de utilizar las condiciones fijadas por otros tratados cuando estos pudieran ser más favorables a sus intereses; *Protección de las inversiones previas*, cláusula mediante la cual la protección de las inversiones incorporada por estos tratados incluye las inversiones realizadas con anterioridad a su entrada en vigencia, lo que lleva a que se extienden las normas favorecedoras a todas las inversiones externas —independientemente de sus fechas de realización—; *Estabilización*, finalmente, es la cláusula que garantiza a las inversiones externas la continuidad de las condiciones de inversión al margen de los cambios legislativos, fijándose de este modo la relación eventualmente establecida entre la nación parte y el inversor, lo que lo favorece.

[27] Cfr. GORENSTEIN, *Empresas transnacionales… supra* nota 4; ZABALO, "Los acuerdos internacionales sobre inversión, otro obstáculo para el desarrollo de América Latina" en *Gestión en el Tercer Milenio, Rev. de Investigación de la Fac. de Ciencias Administrativas,* UNMSM, Vol. 11(22), Lima, 2008, pp. 27-39; RASKOVSKY, "Técnicas de neutralización y Arbitraje Internacional de Inversiones", en AMBOS y BÖHM, (eds.), *Empresas transnacionales y graves violaciones de derechos humanos en América Latina*, Göttingen: GAU Verlag (en edición), 2019. Después del cierre de aquellos acuerdos iniciados en los años ochenta y noventa, y del entusiasmo inicial con respecto al reconocimiento global que implicó su firma, el contenido comenzó a pesar en la región. P. ej., los Estados latinoamericanos han sido llevados sistemáticamente ante el CIADI, en tiempos de dificultades económicas extremas. Las reclamaciones en los juicios de arbitraje tenían que ver con incumplimientos relacionados con el pago de deuda externa a actores privados, con modificaciones en las condiciones de realización de las inversiones extranjeras y en una supuesta disminución en la protección de las áreas industriales

Debido al desplazamiento en la posible jurisdicción, que a menudo significa evitar procesos internos y la exclusión previa de responsabilidad por parte del inversionista en casos de daños ambientales o en relación con las reclamaciones de parte de la población, RASKOVSKY [28] explica este mecanismo y las oportunidades que ofrece a los inversores extranjeros como una técnica de neutralización, en los términos de SYKES y MATZA.[29] Las poblaciones afectadas ven sus derechos violados ya que, debido al TLC, no suelen contar con el apoyo de su propio Estado, y este, por su parte, deberá seguir el proceso en un foro externo. Las prácticas, instrumentos y políticas económicas desreguladoras dejan cada vez menos responsabilidades en manos del Estado y, al mismo tiempo, menos responsabilidades en manos de actores económicos privados.

Por otro lado, el desarrollo se ha promovido a un nivel discursivo, pero con otros nombres, al menos desde principios del siglo XIX y formulados explícitamente en el siglo XX.[30] Se promovió en Europa, en los Estados Unidos y también en las explicaciones que desde esos ámbitos del norte global se ofrecieron como justificación para la intervención en otros contextos, como en el contexto latinoamericano.[31] Si el Estado no apoya, avanza, contribuye y regula las áreas principales relacionadas con sus riquezas naturales y las industrias vinculadas a esta, ni aquellas relativas a los servicios públicos y las necesidades básicas (educación, salud, vivienda, trabajo, medio ambiente y otros), ¿cómo puede esperarse que se desarrollen para poder alcanzar a toda la población de acuerdo con los estándares básicos mínimos para una vida individual y social digna?

específicas. Todo esto fue causa y resultado —ambos— de diferentes ciclos de crisis económicas en los estados latinoamericanos que fueron empujados al borde de las quiebras y la inestabilidad social. Crf. SADIR, *supra* nota 24, pp. 80 ss; ZANATTA, *Historia de América Latina – De la Colonia al siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2012, pp. 258 ss.; SILVEIRA GORSKI, "Por un espacio público no estatal. Contra la hegemonía neoliberal y el declive de la democracia" en RIVERA BEIRAS (ed.), *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social*, Barcelona, Anthropos, 2014, pp. 99–112.

[28] RASKOVSKY, *supra* nota 27.

[29] Definidos como "mecanismos discursivos utilizados por quienes violan la ley para negar la criminalidad de su comportamiento", cfr. RASKOVSKY, *supra* nota 27, 2 del manuscrito. Las cinco técnicas de neutralización originales explicadas como útiles para comprender el impacto negativo de los acuerdos de libre comercio y los paneles arbitrales son: denegación de responsabilidad, negación de daño, negación de la víctima, condena de los condenados y apelación a lealtades superiores, cfr. RASKOVSKY, *supra* nota, 27, 4-5 del manuscrito.

[30] Similar TORTOSA, *Maldesarrollo y Mal Vivir. Pobreza y violencia a escala mundial,* Quito, Ediciones Abya Yala, 2011, pp. 39 ss.

[31] UNCETA SATRÚSTEGUI, "Desarrollo. Subdesarrollo. Maldesarrollo y Postdesarrollo. Una mirada transdisciplinar sobre el debate y sus implicancias" en *Carta Latinoamericana. Contribuciones en Desarrollo y Sociedad en América Latina*, N.º 7, 2009, pp. 1-34.

En este sentido, en el nivel internacional y también en el nivel nacional, las dependencias definen la falta de desarrollo (en un sentido integral). Definen maldesarrollo.[32] Por lo tanto, la dependencia internacional y nacional resulta ser un factor criminogénico que expone a los individuos y las poblaciones a decisiones externas sin tener las herramientas más básicas para tratarlas. La deficiente situación socioeconómica estructural en el nivel local se ve así profundizada por las condiciones externas. Si bien, como se desprende de las líneas anteriores, la situación en sí no es nueva, sí deben revisarse y renovarse las exigencias que deben plantearse al Estado respecto de sus funciones de respeto y protección, lo que lleva el estudio, necesariamente, a la revisión de los procesos y actores involucrados, a fin de determinar cursos de actuación y responsabilidades que permitan la implementación de los órdenes normativos correspondientes.

III. Ocho casos de emprendimientos extractivos y (mal) desarrollo[33]

En este apartado se presentan someramente ocho casos de conflictos en contextos de emprendimientos transnacionales que han tenido lugar —y tienen todavía— en el contexto latinoamericano, y que permiten entender procesos, interrelación de actores, formación y continuidad entre sistemas obstaculizantes para la satisfacción de necesidades básicas y la realización de derechos. Estos casos permiten, así, definir la vinculación entre la violencia invisible de la economía y la cultura, y la violencia física. Esta visibilización permitirá luego, por su parte, pensar en la aplicación de conceptos y herramientas para el tratamiento de estos daños complejos.

III.I. Economía, cultura y violencias invisibles

Los tres primeros casos corresponden a proyectos y empresas específicos. El énfasis del análisis está en el tipo y la forma de la actividad comercial, el establecimiento de la empresa en la zona, su interrelación con la población local y el impacto generado por su presencia; y el estudio se refiere respectivamente a tres áreas económicas (minería, hidrocarburos y energía). El cuarto caso ha sido seleccionado teniendo en cuenta la acción estatal en lugar de la acción de las empresas. Trata de situaciones en las que se han adoptado medidas económicas específicas con

[32] TORTOSA, *supra* nota 30, p. 377.

[33] Los casos son presentados, explicados y analizados en profundidad en la obra de BÖHM, *supra* nota 2, p. 2, donde también se ofrecen detalles y más referencias y fuentes en forma exhaustiva. Su presentación aquí es a modo ilustrativo, y como resumen y disparador para la comprensión del concepto criminológico de delito del *maldesarrollo*.

respecto a un área económica que en las últimas décadas se ha promovido especialmente en América Latina: la agroindustria. Esta última ha intensificado su relevancia en las últimas dos décadas con un efecto diferenciado en colectivos históricamente marginados de la población, como los indígenas, los campesinos y los colectivos sin tierra.

1. Caso *Mina Frisco-Tayahua y Mina Goldcorp-El Peñasquito,* las cuales se desarrollan en el municipio Mazapil del Estado de Zacatecas, en México. La mina *Tayahua* en Salaverna fue operada desde la década de 1990 hasta el año 2013 —en un primer periodo— por la empresa Frisco, de capital mayoritario mexicano, y en la actualidad se ha retomado la actividad —segundo periodo— ; la mina *El Peñasquito* se encuentra en actividad desde 2007 y es operada por la empresa de capital canadiense Goldcorp. En ambos casos la explotación metalífera tiene por objetivo la extracción de oro, plata, zinc, cobre y plomo. Es de destacar que estas actividades se llevan adelante en un Estado mexicano de clima semidesértico y, por lo tanto, con carencia de agua —tan indispensable para sus pobladores como para la explotación minera—. Los emprendimientos conllevaron la destrucción (literal) de pueblos y el desplazamiento de la población.[34]

2. Caso *Texaco-Chevron.* Aquí se refiere la explotación de petróleo en el periodo 1972-1992, en Ecuador, y la construcción de oleoductos para estos entre Lago Agrio y el Puerto de Esmeraldas, en la provincia de Sucumbíos, en condiciones de extrema baja calidad. Luego de que el Estado declarara vacante la zona —no obstante estar habitada—, la explotación se llevó a cabo durante dos décadas y al retirarse la empresa —originalmente en trabajo compartido con Petroecuador, la firma nacional— los restos dejados en el área fueron de contaminación, enfermedad, aumento de las tasas de mortalidad y falta de acceso a la justicia, en una miríada de intentos y ataques judiciales que continúan abiertos y sin respuesta a la población.[35]

[34] La información aquí reseñada fue tomada fundamentalmente de CATALÁN LERMAN, *supra* nota 13; GARIBAY/BONI/PANICO/URQUIJO, "Corporación minera, colusión gubernamental y desposesión campesina. El caso de Goldcorp Inc. en Mazapil, Zacatecas" en *Desacatos 44*, México, ene-abr 2014; así como del documental *Reportaje Minera Peñasquito*, *La jornada Zacatecas*, 2014, disponible en: www.youtube.com/watch?v=HNGjifVvlF0 (enlace verificado el 24/07/19) y el documental *Salaverna: El pueblo que hundió Carlos Slim,* que integra el informe "La historia de cómo Carlos Slim hundió un pueblo", *Vanguardia*, 2017, disponible en: www.vanguardia.com.mx/articulo/la-historia-de-como-carlos-slim-hundio-un-pueblo (enlace verificado el 24/07/19). Para ampliar referencias y análisis véase BÖHM, *supra* nota, pp. 68 ss.

[35] Esta reseña reúne información tomada fundamentalmente de KIMERLING, *Amazon crude, Natural Resources Defense Council*, 1991; KIMERLING, "The Environmental Audit of Texaco's Amazon Oil Fields: Environmental Justice or Business as Usual?" en *Harvard Human Rights Journal* 7, 1994, pp. 199-224; DONZIGER/GARR/PAGE, "The Clash of Human Rights and

3. Caso *Endesa-Ralco*. En el año 1997 la compañía de capital español ENDESA hizo pública su decisión de construir en el Biobío la central hidroeléctrica Ralco. Amparándose en la Ley 19.253, Ley Indígena, el pueblo mapuche-pehuenche se opuso formalmente. El relator especial de la ONU, Rodolfo Stavenhagen, indicó que había una violación de los derechos humanos a causa del proyecto, y también la Universidad de Chile ARCIS se opuso al proyecto y describió la situación como un genocidio contra el pueblo mapuche. No obstante, en mayo de 2004 se inició la construcción, previa inundación del Valle del Ralco, y la obra fue concluida en 2005. Ya desde la construcción de la represa, el pueblo mapuche se vio desplazado de sus tierras ancestrales mediante medios legales e ilegales, tales como irregularidades administrativas, prácticas fraudulentas para la obtención de tierras y desplazamientos involuntarios. El área se vio deforestada y, al mismo tiempo, militarizada por la protección brindada al proyecto por el ejército chileno.[36]

4. Caso *MOCASE*. Este caso trata de la conformación del Movimiento Campesino de Santiago del Estero (MOCASE), que tiene sus antecedentes en procesos históricos de larga (fin del siglo XIX) y mediana (mediados del siglo XX) data, y tiene su momento de consolidación y conformación institucional en el año 1990. Existe de hecho, en concreto, una vinculación entre la situación campesina y los inversionistas ingleses que ya habían ocupado la provincia a fines de siglo con la empresa La Forestal, la cual, al retirarse, dejó "a la deriva" a sus trabajadores y esto llevaría al asentamiento e inicio del trabajo de la tierra de estas familias en las áreas en que habían trabajado para la compañía. Sin embargo, décadas después, con el aumento de la demanda de tierras por el incremento de interés internacional y nacional en la explotación agraria, las tierras ya en posesión de dichas familias, comenzaron a ser codiciadas y reclamadas por los medios más diversos. La situación se agravó hacia fines de los años 1980, cuando ese campesinado de la provincia de Santiago del Estero se vio abandonado por un lado por el Estado y sus políticas públicas —en dicha época en abierto proceso de desregulación y desempleo, pero muy presente

BIT Investor Claims: Chevron's Abusive Litigation in Ecuador's Amazon" en *Human Rights Brief* 17 (2), 2010, pp. 8-15; y de la película documental *Crude: El estigma del petróleo,* Dir. Joe Berlinger, Estados Unidos, 2009. Para ampliar y diversificar referencias y análisis véase BÖHM, *supra* nota 2, pp. 78 ss.

[36] La información básica para esta reseña fue tomada de NAMUNCURA, *Ralco: represa o pobreza?*, Santiago de Chile, Lom, 1999; RUBINSTEIN, "La central Ralco y su perversa historia contra los pehuenches" en *El Ciudadano*, 7 de enero de 2014, disponible en: https://www.elciudadano.cl/medio-ambiente/la-central-ralco-y-su-perversa-historia-contra-los-pehuenche/01/07/ (enlace verificado el 24/07/19); y de la película documental *Apaga y vámonos*, Dir. Manel Mayol, España, 2005. Para ampliar y diversificar referencias y análisis véase BÖHM, *supra* nota 2, pp. 87 ss.

para la realidad de los actores económicos interesados en la ampliación de sus áreas de cultivo—. Se abre así un periodo de conflictividad severa, con desposesiones violentas y criminalización de protesta, por lo que el MOCASE devino en un símbolo de resistencia al modelo de "desarrollo" impuesto en el nivel nacional e internacional.[37]

Los cuatro casos comparten denominadores comunes. En todos se presentó desde el principio una situación de deficiencias e indiferencia del Estado, o su rechazo explícito, hacia la población que luego se vería afectada. Durante su estudio, se hicieron evidentes las necesidades básicas insatisfechas como la vida, la salud, el trabajo, la realización de la identidad o un entorno saludable, y la dificultad que los emprendimientos trajeron a una potencial futura realización. En algunos casos, incluso, las dificultades traídas por la nueva actividad no consistieron únicamente en una profundización de las carencias conocidas, sino en la presencia de una amenaza que antes no existía. Desde los comienzos de nuevas actividades en el área, o de antiguas modalidades con nuevas modalidades (minería a cielo abierto, p. ej.), que van de la mano con emprendimientos e inversiones económicas extensivas territorialmente, pero intensivas en su dinámica, las deficiencias comenzaron a superponerse y multiplicarse.

La actividad de una mina, la extracción de petróleo, la construcción de una represa o la promoción de la agroexportación, todas basadas en la demanda internacional y las supuestas conveniencias nacionales, marcan modificaciones tangibles en las vidas de las diferentes poblaciones y en su relación con el resto de la sociedad, con el Estado e incluso con sus autopercepciones. Dada la extensión territorial, el volumen de infraestructura y el vínculo directo con el interés del Estado, por lo tanto, al saber desde el principio sobre la actividad, al menos en las oficinas que promueven las inversiones en cuestión, es imposible argumentar la inevitabilidad de los resultados —incluidos los dañinos—, tanto por parte de la empresa como por parte del Estado. Ya sea por el riesgo inherente a la actividad o porque la tecnología menos dañina está disponible pero no se usa, la capacidad de prevención estuvo en todos los casos fuera de discusión. Es decir, lo sucedido era evitable. Ninguna contaminación, fisuras geológicas, enfermedades o

[37] Este resumen de situación ha tenido como principales fuentes a AZNAREZ CARINI, "Un campo en disputa en la Argentina contemporánea: la irrupción de una voz campesino indígena", ponencia presentada en las *XIII Jornadas Nacionales y V Internacionales de Investigación y Debate*, 27 a 29 de julio de 2016; DESALVO, "El MOCASE: Orígenes, consolidación y fractura del movimiento campesino de Santiago del Estero" en *Astrolabio Nueva Época*, Nr. 12, 2014, pp. 271-300; a cuyos textos remito para mayor información. Para ampliar referencias y análisis véase BÖHM, *supra* nota 2, pp. 99 ss.

muertes, ni los desplazamientos de la población ni las dislocaciones sociales, y mucho menos las confrontaciones de violencia física, se entenderían aquí como atribuibles a los actores económicos y políticos involucrados, si tales daños fueran inevitables. El solo hecho de que las inversiones se establecieran en mesas de discusión que a menudo definen cambios en la legislación interna para facilitar la llegada precisa del nuevo grupo económico o el inicio de una actividad, evidencia que todo podría haberse planeado de una manera diferente. Las decisiones judiciales, del mismo modo, constituyeron el marco estructuralmente obstaculizante para la realización de los derechos cuando se invocó su intervención. Los agentes de seguridad, en principio, solo son el brazo armado y visible de la ley, a cargo de hacer el trabajo sucio de la ley, como dijera WALTER BENJAMIN, vienen a obedecer órdenes invisibles y violentas no solo del Estado, sino también, y en ocasiones fundamentalmente, de los actores económicos que pagan por su protección, haciendo visible la violencia invisible. Las inversiones y los ingresos generados son cifras de tantos ceros que son difíciles de escribir o decir, y el peso político de quienes definen estos flujos de dinero es directamente proporcional a esos ceros. Así, el apoyo que reciben de actores nacionales e internacionales de tal vez un poder económico aún mayor, convierte cada excusa suya, invocada en cuanto a la imposibilidad de hacer las cosas diferentes, en una confirmación de su falta de voluntad. Ninguna población rural, ningún niño, ninguna campesina valiente o una mujer indígena segura de sí misma, por sí solo o por sí sola, puede contrarrestar el peso de esta violencia. Es por esto que la violencia se retroalimenta de forma permanente y directa, y la violencia física aumenta. Sin embargo, una vez que se observa de cerca esta violencia, se percibe como menos imposible alentarnos a pensar que esta reticencia puede ser contrarrestada. A esta violencia física se aboca el próximo apartado.

III.II. Economía y violencia física

Estos cuatro casos se refieren a corporaciones transnacionales e intereses económicos internacionales que debían promover el "desarrollo" en la región de América Latina. En todos los casos se pudo advertir cómo no se ha cumplido la promesa de desarrollo y, más aún, cómo existen vínculos directos entre esas promesas y actividades económicas, y la violencia directa visible utilizada contra la población local, en general por parte del Estado, por parte de los actores corporativos, o incluso por parte de la población afectada que resiste, entra en conflicto y se enfrenta con las fuerzas de seguridad privadas y estatales. El estudio de estos cuatro casos y el orden de su presentación tienen como objetivo enfatizar la gravedad de los tipos específicos de daño relacionados con un orden económico desregulado.

1. Caso *Mujeres indígenas de Lote 8* (Guatemala). En 2006 y 2007, la Compañía Guatemalteca de Niquel promovió los desalojos forzosos de las comunidades Q'eqchi 'en el Municipio de Panzós, Alta Verapaz y El Estor, Izabal, en el Valle Polochic para llevar a cabo actividades de extracción minera. En este contexto, el 17 de enero de 2007, once mujeres fueron violadas por varios hombres (guardias de seguridad de la compañía, policía y soldados del ejército) que estaban ejecutando el desalojo. Todos estos hechos quedaron impunes en Guatemala y se están investigando en procesos civiles en Canadá.[38] El caso de las mujeres indígenas del Lote 8 es paradigmático para mostrar el grado de violencia física que puede ser ejercido en manos de empresarios, empleados de empresas, "matones" contratados y miembros de las diversas fuerzas de seguridad, en actividad o retirados, cuando el objetivo es garantizar la producción territorial y económica a cualquier precio, y no se cuenta con la protección estatal genuina de su población.

2. Caso "*Baguazo*" (Perú). En el año 2009, con el objetivo de facilitar la operatoria y optimizar la obtención de beneficios económicos por parte de empresas extranjeras y nacionales de explotación de hidrocarburos y minerales, el gobierno nacional impulsó la desregulación normativa de las actividades mediante decretos legislativos que consolidaban los compromisos asumidos por la firma de un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. Los decretos, como denunciaron los pueblos awajún y wampis, iban en contra de su derecho a la consulta previa, reconocida por Perú en 1995 con la firma del Convenio 169 de la OIT. La decisión del poder ejecutivo generó un conflicto en la provincia de Bagua, que se encontraba en estado de alerta por la reducción de la tierra declarada reservada de Cordillera del Cóndor, que fue en su mayoría entregada a la Minera Afrodita e implicó que la extensión de la tierra en carácter de Reserva de Biósfera Awajún-Wampi de 1.642.567 ha quedara reducida a 88.477 ha.[39] Este desconocimiento de la calidad de reserva de la zona (por lo tanto, no negociable por el Estado) junto a la firma de los decretos leyes, generó la toma de una Estación de Petroecuador por parte del pueblo amazónico awajún en mayo, y el consiguiente bloqueo de rutas que se mantuvo hasta el 5 de junio de 2009. Se solicitaba al Estado que se derogasen los decretos que, entre otras medidas, reducían

[38] Para estas y otras referencias generales sobre el caso, ver la nota de LUZ MÉNDEZ GUTIÉRREZ: "Guatemala: Abriendo brecha en la búsqueda de la justicia – las valientes mujeres q'eqchís", *visionews.net.,* octubre 2013, disponible en: www.visionews.net/es/guatemala-abriendo-brecha-en-la-busqueda-de-justicia-las-mujeres-valientes-q%C2%B4eqchis/ (enlace verificado el 24/07/19). Para ampliar referencias y análisis véase BÖHM, *supra* nota 2, pp. 121 ss.

[39] Cfr. esta y más información básica sobre el caso en la película documental *La espera*, Dir. Fernando Vílchez Rodríguez, Perú, 2014. Disponible en: www.youtube.com/watch?v=pVkONDVbe-w. (enlace verificado el 24/07/19). Para ampliar referencias y análisis véase BÖHM, *supra* nota 2, pp. 133 ss.

las exigencias en la disposición de las tierras comunitarias y forestales. Ese día tuvo su cumbre de tensión y tragedia el conflicto en los hechos conocidos como "baguazo" o "matanza de Bagua", el cual tuvo por resultado la muerte de treinta y cuatro personas, más de doscientos heridos y un superior de la policía desaparecido hasta el día de hoy. La toma de la estación petrolera y bloqueo de ruta por parte de los awajúns fueron en todo momento explicados como reacción contra las medidas económicas que afectarían directamente la forma de desarrollo de la actividad y su impacto en la zona. Luego de la tragedia, los decretos fueron derogados, en un contexto político de deslinde de responsabilidad institucional y de responsabilización del pueblo indígena.

3. Caso *Matopiba* (Brasil). Matopiba es el acrónimo de Maranhão, Tocantins, Piaui y Bahia, los cuatro estados considerados conjuntamente como región en el proceso de extensión de la frontera agrícola en el cerrado brasileño a fin de fomentar el desarrollo local y regional.[40] Se trata de la institucionalización (y desinstitucionalización luego de la llegada de Temer, donde se consideró que el Estado no tenía fondos para el proyecto), de un área que se da fundamentalmente como geoeconómica, un área de setenta y tres millones de hectáreas que presenta superficie y características de suelo y clima óptimas para el cultivo exportable, lo cual requiere de un diseño y puesta en marcha de reforma en distribución de tierras, preparación de infraestructura y desarrollo de tecnología. El proyecto trajo consigo una radicalización de los violentos conflictos de tierras entre eventuales nuevos "propietarios" y tradicionales habitantes y poseedores de esas tierras, de precio en aumento. Esto ha liberalizado incluso acciones de fuerzas de seguridad públicas y privadas en la lucha por la obtención de tierras en la zona. Esta última ha vivido históricamente la atención de latifundistas y violencias, desde la revolución verde de los setenta, luego con el auge del agronegocio (aunado a agroquímicos, cultivos transgénicos), y en todos los casos bajo la promesa de "hambre cero" y desarrollo. Al día de hoy, no obstante haber sido un área con alza en sus exportaciones agrarias en las últimas décadas, la población continúa viviendo en condiciones de marginalidad y sufriendo los índices de violencia más altos de Brasil.

4. Caso *Valle de Siria* (Honduras). En el año 1995, en una zona exclusivamente agropecuaria (Valle de Siria, Francisco Morazán, Honduras), conocida tanto por la escasez de agua superficial del área como por la extrema pobreza en que viven sus habitantes, la nueva fiebre del oro de los

[40] La información aquí reseñada fue tomada fundamentalmente de la nota de MATHIAS, *supra* nota 4. Para ampliar referencias y análisis véase BÖHM, *supra* nota 2, pp. 127 ss.

mercados internacionales intensificó el interés en nuevas regiones, y por parte del gobierno hondureño se autorizaron y se iniciaron trabajos de exploración de yacimientos de oro operados por la empresa Mar West Resources, luego Goldcorp (Canadá) a través de su subsidiaria hondureña Entre Mares. La explotación se extendió hasta el año 2008, en que la actividad cesó sin que se brindase información ni al público en general ni a la comunidad en cuanto al proceso de desactivación de la mina. La explotación se realizó mediante el mecanismo de minería a cielo abierto, y esto generó, tanto durante la explotación como luego de concluida, distintos daños ambientales (contaminación superficial y profunda en tierra, contaminación de agua y aire, por la utilización de cianuro) y las consecuentes lesiones a la integridad física, la salud y la vida de los pobladores, así como consecuencias de severo impacto negativo en el nivel socioeconómico.[41] Tal como lo resume el testimonio de Carlos Amador, maestro y miembro del Comité Ambiental del Valle de Siria, "Entre Mares S.A. llegó al Valle de Siria con la teoría de darles empleo y desarrollo a miles de personas. Lo que generó en realidad fueron unos 330 puestos de trabajo y más pobreza para miles de familias campesinas que se quedaron sin ingresos. Todo fue una gran mentira, y pasamos de ser el primer productor de granos básicos del departamento Francisco Morazán a una de las zonas más afectadas y envenenadas del país".[42] El daño ambiental, por lo tanto, llegó de la mano de la desarticulación social, el desplazamiento de la población y la enfermedad y muerte de sus habitantes.

En los cuatro casos presentados en este capítulo, la violencia física se mostró en diversas formas como el clímax de cada conflicto. Los casos fueron diferentes y también se hicieron públicos de manera diferente. Sin embargo, en todos ellos, independientemente del método de divulgación y de dónde se centró la atención principal, la última parte de la historia consistió en violencia "tradicional", es decir, una situación de violencia física visible directa. Los cuatro casos podrían haber sido vistos fuera de contexto y descritos como casos particulares de policías sin

[41] Información disponible online y utilizada aquí para la descripción básica del caso se encuentra en la nota "Actividad minera en región de Honduras deja rastro de enfermedades, destrucción ambiental y desempleo", *Nicaragua y más*, el 7/09/2014, disponible en https://nicaraguaymasespanol.blogspot.com.ar/2014/09/actividad-minera-en-region-de-honduras.html (enlace verificado el 24/07/19); nota "Valle de Siria: Oro, pobreza y resistencia", *El Pulso HN*, el 27/09/2016, disponible en http://elpulso.hn/valle-de-siria-oro-pobreza-y-resistencia/ (enlace verificado el 24/07/19); Nota "El Valle de la Esperanza" por Martín Cálix, *Contracorriente*, el 4/10/2017, disponible en https://contracorriente.red/2017/10/05/el-valle-de-la-esperanza/ (enlace verificado el 24/07/19). Para ampliar referencias y análisis véase BÖHM, *supra* nota 2, pp. 138 ss.
[42] Cfr. Nota "Actividad minera en región de Honduras", *supra* nota 13.

escrúpulos, hombres de negocios mafiosos, soldados acostumbrados a la violencia autoritaria o empleados de la compañía que violaron el mandato y abusaron agresivamente de la situación al ver a las mujeres solas. Sin embargo, cualquiera de estas explicaciones, aunque pueden describir "la foto" con cierta veracidad, simplemente repetiría el sesgo con el que se han estudiado habitualmente estos episodios, y la atención se reduciría a la observación de la violencia física. Incluso si los presuntos autores de actos de violencia directa fueran enjuiciados —como se dio en algunas de las situaciones por delitos de homicidio, agresión o violación—, el enfoque seguiría siendo parcial. Esto es lo que sucedió en el caso de los asesinatos de Cristian Ferreyra y Rafael Galván del MOCASE, el último caso revisado en el apartado anterior, donde hubo condenas penales a los responsables directos de sus homicidios —ordenados por hombres de negocios, que no fueron responsabilizados—. La película permaneció desconocida, o fue deseable que permaneciera desconocida como contexto de la situación concreta del responsable material, de modo que solo se condenó a partir de la foto de alguien con un arma disparando a un menor o clavándole a alguien un cuchillo en la garganta —imagen que se captura en un instante y solo es uno de los muchos negativos que componen la cinta—. Esto es lo que se reveló aquí: el momento de la violencia física puede ser muy breve e implicar solo unas pocas horas de disparos y machetes en un conflicto que puede durar meses; o puede extenderse en solo unos minutos de acceso carnal y golpes durante una invasión de territorio que puede durar un par de días en el contexto de un conflicto territorial que se remonta a varios años; una niña puede dejar de respirar en menos de un segundo debido a los metales pesados que lleva en la sangre y recibidos de la sangre de sus padres, que acarrean dichos metales desde antes de que ella fuera concebida. Cada uno de estos breves momentos, casi efímeros, es parte de una red de relaciones, sistemas y estructuras, como diría GALTUNG, que dan forma intrínseca al momento del disparo, el apuñalamiento, el acceso carnal agresivo o el cese de la respiración.

Estas relaciones, sistemas y estructuras eran condiciones necesarias para que se produjera el momento de violencia directa. Aunque parece que la presencia de la violencia no puede ser percibida, está muy presente. Es invisible, por supuesto, pero puede hacerse visible y ser atribuida a sus responsables. Sin embargo, no se trata de llevar a juicio a todos los políticos o legisladores, ni a todos los hombres de negocios que deciden invertir y, por lo tanto, buscan los medios para extender las tierras productivas o maximizar sus rendimientos. Ya sería un primer paso, un gran primer paso, no negar que esas decisiones son las que engendran violencia física. Es necesario abordar la violencia física teniendo en cuenta que siempre se presenta en relación con violencias

que permanecen invisibles y que deben ser igualmente llevadas al campo visual del estudio y las intervenciones estatales.

Si las medidas políticas y económicas, y en particular la desregulación que ha aumentado por el impulso transnacional en las últimas décadas, pueden conducir a una mejora de la economía estatal y del desarrollo nacional en general, esto debe ser medible, no solo con posterioridad, cuando los planes no funcionan, sino también preventivamente. El estudio de las interrelaciones entre violencia estructural, cultural y física tiene el objetivo de facilitar la posibilidad de rastrear enlaces, ir retrocediendo cuidadosamente en la identificación de las hebras y trabajar pacientemente en las marañas de madejas e hilos que tejen relaciones con impactos de grave daño.

Solo de esta manera el incumplimiento de las promesas de desarrollo, directamente relacionadas con la perpetuación de la violencia, podrá verse desde una nueva perspectiva. El círculo vicioso entre los intereses internacionales y transnacionales en la economía, así como las deficiencias y la violencia en las áreas locales, debe ser capaz de revelar las diferencias entre la película y la foto, entre lo visible y lo invisible y, especialmente, entre lo rastreable y lo imposible de ser rastreado entre tantas responsabilidades.

IV. Los soberanos y sus territorios protegidos

El territorio fue una vez el fundamento del poder de muerte del que hablaba FOUCAULT. Las luchas soberanas tuvieron lugar en y a causa de los territorios. La espada casi siempre ha tenido el objetivo de proteger el poder y el territorio.[43] Si, por lo tanto, en las relaciones internacionales y en las relaciones económicas transnacionales, hay sociedades y Estados en los que la estrategia gubernamental se ejerce sobre la mayoría de la población —muchos países del norte global—, no cabe dudas de que dichos Estados acudirán a blandir su espada y ejercer su poder soberano de muerte contra quienes representen una amenaza. En América Latina, como continuidad de las reflexiones y casos presentados hasta aquí, es posible decir que las luchas territoriales y las diferentes expresiones estructurales, culturales y físicas de la violencia —en el contexto de la economía transnacional y las políticas económicas internas desreguladoras de las formas de protección para la población local—, no solo desconocen las necesidades básicas de esta

[43] ALTVATER, *Los límites del capitalismo. Acumulación, crecimiento y huella ecológica*, Buenos Aires, Mardulce, 2011, p. 41, p. 52.

población, sino que se manifiestan en su contra con un poder soberano nunca superado. La división social del trabajo en el nivel internacional se puede explicar de acuerdo con la internacionalización y la economización de la lógica biopolítica. El territorio, que es el tablero de juego para las luchas de la tensión biopolítica, sigue siendo, por lo tanto, el problema central en América Latina: el soberano necesita este territorio para el mejoramiento de la vida y la protección de los intereses en su reino, el norte global y las elites o colectivos acomodados locales. Para las personas que viven en este territorio, sin embargo, esta demanda representa una amenaza diaria para su vida. No son reconocidos, diría AGAMBEN, como *bíos* (personas con derechos), por lo que se descuida la realización de sus potencialidades. Para estas personas, el territorio sigue siendo el lugar donde se defiende, por lo menos, su nuda vida. Allí, las relaciones sociales se perpetúan en relación con esta tensión y amenaza. En este sentido,

"nos referimos a territorio cuando hablamos de un espacio apropiado por una determinada relación social que lo produce y lo mantiene a partir de una forma de poder. Bajo este análisis es posible inferir que, al modificarse las relaciones de poder, por más que se trate de una imposición externa y no de una decisión tomada por voluntad de quienes construían el territorio hasta ese momento, se modifica la forma de apropiación del territorio y por ende la relación Sociedad-Naturaleza."[44]

La modificación de la relación sociedad-naturaleza, por lo tanto, es el resultado de la defensa permanente del espacio propio, y esto explica las nuevas formas de resistencia que han tenido lugar en América Latina en las últimas décadas y que se han conceptualizado como "el giro ecoterritorial de las resistencias",[45] también considerado como "conflicto socioterritorial".[46]

V. La necesidad de responsabilización como vía hacia la paz territorial

La paz territorial como un objetivo [47] todavía necesita un arduo trabajo. Y esto, además, porque hoy no hay un solo soberano actuando en el territorio sino muchos. En estas condiciones,

[44] ROSSO y TOLEDO LÓPEZ, "Proceso de (des-re)territorialización en Santiago del Estero", *Memoria Académica*, 2010, p. 6.
[45] SVAMPA, *Del cambio de Época… supra* nota 9, p. 8 ss.
[46] ALTVATER, *Los límites del capitalismo. Acumulación, crecimiento y huella ecológica*, Buenos Aires, Mardulce, 2011, pp. 41 ss.
[47] GALTUNG, P*eace by Peaceful… supra* nota 3, p. 96; SUELT COCK, "Las violaciones de DDHH por parte de empresas del sector extractivo en Colombia. Retos para el Estado del postconflicto", en AMBOS y BÖHM (eds.) *Empresas transnacionales y graves violaciones de derechos humanos en América Latina*, Göttingen: GAU Verlag (en edición), 2019.

no es sorprendente que el desarrollo se convierta en maldesarrollo, que el súbdito permanezca súbdito (o en realidad, *homo sacer*) y que el soberano nunca haya sido decapitado. Quienquiera que se atreva a intentar esta "decapitación del rey" (léase: *resistencia*) será destinatario de una política criminal física violenta inspirada y sostenida por la violencia cultural y encarnada en la violencia estructural. El rey, el soberano o los soberanos, e incluso sus señores feudales, de hecho, se encuentran más allá de cualquier posibilidad de juicio en este esquema. Ni el poder político por sus actos contra los intereses de sus ciudadanos, ni el poder económico que se rige únicamente por las reglas del libre mercado sin límites a su juego, son considerados responsables. Aunque formalmente existen posibilidades de responsabilización, solo esporádicamente son lo suficientemente fuertes como para convertirse en realidad.

La excepción se genera en estas áreas en las que todo es válido para estos soberanos, todo está regulado o desregulado por ellos y, por lo tanto, la decisión final sobre qué reglas se aplican y cuáles no, quién merece vivir y quién no, depende de ellos mismos. Esto los coloca en esa posición tan bien descrita por FOUCAULT y AGAMBEN, fuera de ese orden que debería promover la vida, pero que no recibe sanciones cuando no solo no la promueve, sino que la destruye. Es la esencia del poder soberano. En el caso de América Latina, gran parte del orden político y económico parece estar interna y geopolíticamente muy por fuera de los alcances de la estrategia gubernamental, tan bien implementada en el norte global. En el sur global todavía hay soberanos mostrando la espada. Y esto, de alguna manera, es lo que debe modificarse, colocando a estos soberanos —al menos inicialmente desde lo analítico y conceptual— en el banquillo de quienes deben responder por sus acciones. Eliminar de ellos el poder de impunidad que su investidura les confiere significará, al mismo tiempo, destronar al soberano, fortalecer las posibilidades y la realidad de la democracia, y sus posibilidades de satisfacer necesidades y realizar derechos.

Esto requiere, entre muchas otras cosas, de herramientas conceptuales más amplias en el campo criminológico para la visualización y explicación de estos procesos, para el esbozo de posibles formas de determinación de responsabilidad y, esencialmente, para la interrupción de este círculo vicioso, su prevención y la reparación de los daños que ha producido. El delito de maldesarrollo como una categoría conceptual criminológica se ofrece en estas páginas como un pequeño paso hacia la formulación de una respuesta a esta necesidad.

VI. Explicaciones criminológicas que dan base a la propuesta que aquí se realiza

Desde la criminología, tanto el concepto del delito de cuello blanco (*white collar crime*) acuñado a principios de la década de 1940 por Edwin H. SUTHERLAND,[48] como los conceptos de macrocriminalidad (*Makrokriminalität*) o de criminalidad de los poderosos (*Kriminalität der Mächtigen*) desarrollados en gran parte en Alemania en la década de 1970, son referencias obligadas que adelantan análisis y reflexiones útiles a los fenómenos aquí estudiados,[49] y que incluso se dejan aplicar a trabajos previos, como las técnicas de neutralización originalmente desarrolladas respecto del delito ordinario,[50] hoy claramente transferible en su potencial analítico a los grandes actores económicos. Mientras el primero tiene su foco de interés en las actividades ilegales (entendidas por SUTHERLAND como criminales) de empresas y empresarios, el segundo suma al plano económico una perspectiva de carácter político respecto de aquellos sujetos y estructuras de fuerte poder socioeconómico e institucional que desarrollan actividades criminales. En la década de 1990, en Europa, RUGGIERO trabajó profusamente sobre el concepto de economías sucias (*dirty economies*)[51] y en la década siguiente en Alemania se presentó el concepto de la economía de la violencia (*Gewaltökonomie*).[52] Ambos conceptos se refieren a la relación entre la economía, las operaciones comerciales —fundamentalmente las transnacionales— y la violencia. Mientras que el primer concepto pone el acento en las operaciones comerciales y su parda relación con la política, el segundo analiza las relaciones comerciales que pueden tenerse con regímenes o territorios en conflicto armado, al punto de implicar tales operaciones una colaboración a la violación de derechos de la población que está siendo sometida o atacada.

Por su parte, una visión renovada sobre el rol de las víctimas en su relación con el infractor antes, durante y luego de ser víctimas de delito, fue ofrecida por la victimología, desarrollada en la década de 1990 y dedicada a ampliar el espectro de análisis con miras a la mejor prevención y comprensión de los fenómenos delictivos. La vinculación de la presencia de empresas

[48] SUTHERLAND, *White Collar Crime: The Uncut Version*, New Haven, Yale University Press, 1983.
[49] JÄGER, *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Suhrkamp, Frankfurt a.M, 1989.
[50] SYKES/MATZA, "Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency" en *American Sociological Review*, 22(6), 1957, pp. 664-670.
[51] RUGGIERO, "Criminals and service providers: Cross-national dirty economies" en *Crime, Law & Social Change,* Vol. 28, 1997, pp. 27-38; RUGGIERO, "It's the Economy, Stupid! Classifying Power Crime" en *International Journal of the Sociology of Law* Vol. 24(4), 2007, pp. 163-177.
[52] ALBRECHT, "Internationale Kriminalität, Gewaltökonomie und Menschenrechtsverbrechen: Antworten des Strafrechts" en *IPG* 2, 2007, p. 153.

transnacionales con una positiva imagen, y el silenciamiento de los impactos negativos de dicha presencia, es un campo que está siendo largamente estudiado en el ámbito de las disciplinas sociales, de la comunicación y criminología,[53] y que sin lugar a dudas debe brindar información suficiente también al espacio de estudios jurídicos sobre la temática. Si se piensa en los conceptos de "víctimas invisibles" [54] o de "víctimas socialmente prescindibles",[55] la conexión con el espacio de estudios criminológicos es evidente.

En esta misma dirección, la distancia social, vinculada a la mayor o menor posibilidad de empatía entre actores de acuerdo con sus distintas jerarquías y conocimiento mutuo,[56] y que puede llevar en última instancia a ser factor explicativo de situaciones de violencia vinculadas a la falta de solidaridad y a la desorganización social,[57] es, en este sentido, un concepto que vincula el estudio *macro* de los conflictos y sus posibles causas y abordajes, con el espacio *micro* de análisis e intervención, así como con el trabajo sobre la configuración estructural de un determinado espacio y los conflictos existentes en este.

Se ha estudiado que las relaciones sociedad-naturaleza se ven modificadas sobre el territorio[58] y que este es un factor esencial para la comprensión de los conflictos referidos a la defensa del espacio propio y el desarrollo de nuevas formas de resistencia en el ámbito latinoamericano. En sus tres niveles, la cuestión de la tierra lleva a la resistencia contra operaciones a gran escala en términos de capital y tierras; contra actores nacionales y, especialmente, transnacionales; así como a la comprensión de las resistencias a partir de la idea de que el territorio significa formas de control específicas sobre ese territorio.[59] Impactos[60] y estrategias puntuales de resistencia[61] en

[53] LEE, *(Latente) soziale Probleme und Massenmedien*, Herbolzheim, Centaurus Verlag, 2005; SEAGA SHAW, *Human Rights Journalism. Advances in Reporting Distant Humanitarian Interventions*, Basingstone, Palgrave Macmillan, 2011; NATALI, *A Visual Approach for Green Criminology: Exploring the Social Perception of Environmental Harm,* London, Palgrave Macmillan, 2016; JEWKES, *Media and Crime. Key Approaches to Criminology*, Sage, 3.ª ed., 2015.

[54] SPAPENS, "Invisible Victims: the Problem of Policing Environmental Crime" en SPAPENS, WHITE, y KLUIN, Marieke (eds.) *Environmental Crime and its Victims. Perspectives within Green Criminology*, Ashgate, 2014, pp. 221-236.

[55] FATTAH, "The Evolution of a Young, Promising Discipline: Sixty Years of Victimology, a Retrospective and Prospective Look", en SLOMO, KNEPPERY KETT (eds.), *International Handbook of Victimology*, Boca Raton/London/New York, CRC Press, 2010, pp. 43–94.

[56] EDESO NATALÍAS, "La distancia social y su importancia en la interacción: propuesta para su estudio en clase de ELE", en *ASELE, Actas XVI*, 2005, pp. 247–257.

[57] ARTEAGA BOTELLO/ LARA CARMONA, "Violencia y distancia social: una revisión" en *Papeles de Población* 40 (abril/junio), Cieap/Uaem, 2004, pp. 169-191.

[58] ROSSO /TOLEDO LÓPEZ, *supra* nota 44, p. 6.

[59] GORENSTEIN/ ORTIZ, *supra* nota 4, p. 7.

distintos ámbitos como el agronegocio o la minería, han sido informados desde las ciencias sociales.

Estas últimas ideas introducen, de alguna manera, la necesidad de cruzar la línea y avanzar hacia el estudio más allá de las ideas criminológicas desarrolladas en el ámbito de la criminalidad común, para ser considerados también aquellos estudios directamente relacionados con la violación de derechos humanos y la comisión de crímenes por parte de aparatos estatales de rasgos autoritarios o, en todo caso, distanciados de un modelo que pudiera entenderse como adecuado para un Estado de Derecho. Me refiero con esto a aquellos estudios que han trabajado en particular la relación de la criminalidad estatal y la violación de derechos fundamentales en épocas de violación sistemática de tales derechos, como la mencionada macrocriminalidad [62] Estos conceptos en el ámbito del estudio criminológico (distintos de las ideas clásica, positivista, o la meramente "crítica" de la criminología) aportan a mi entender herramientas de lectura apropiadas para el estudio de las actividades realizadas por empresas transnacionales (realce de la situación política y económicamente privilegiada de los actores infractores), que afectan tanto en el nivel individual como colectivo derechos fundamentales de grandes grupos de poblaciones victimizados por aquellas actividades, las que son denunciadas en forma falaz o insuficiente por los medios de comunicación ante la sociedad no directamente afectada, lo que suele generar la indiferencia de esta respecto de tales actividades.[63] Esto se aplica al tema de este trabajo, ya que el daño social, generado por actividades extractivas transnacionales, está directamente vinculado con actores políticos y económicos que operan generalmente desde afuera de ese territorio específico, y que vienen siendo estudiados e indicados como responsables en el entramado de complejas interrelaciones que conllevan afectaciones visibles e invisibles a los derechos fundamentales y, así, conformadores del maldesarrollo. Estos trabajos y discusiones en cuanto a la forma de abordaje por parte de la criminología, entre otras disciplinas, se han dado tanto desde el trabajo en América Latina,[64] como en otros contextos igualmente abocados al estudio de la interrelación entre actores

[60] ELEISEGUI, *Envenenados: una bomba química nos extermina en silencio*, Buenos Aires, Wu Wei, 2013.

[61] CARRASCO/ FERNÁNDEZ, "Estrategias de resistencia indígena frente al desarrollo minero. La comunidad de Likantatay ante un posible traslado forzoso" en *Estudios Atacameños*, N.º 38, 2009, pp. 75-92.

[62] JÄGER, *supra* nota 49; CONTRAFATTO/ GUEVARA/ HINOJOSA / LOPERFIDO "Macrocriminalidad. Herramientas conceptuales" en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año VIII, 2018, pp. 212-219.

[63] Cfr. casos de estudio para aplicación de estas ideas, en BÖHM, *supra* nota 1 y *supra* nota 2, especialmente capítulo 6.

[64] ANIYAR DE CASTRO, *Criminología de los Derechos Humanos. Criminología axiológica como política criminal*, Buenos Aires, Del Puerto, 2010; ANIYAR DE CASTRO, *Victimología*, Maracaibo: Centro de investigaciones criminológicas de la Universidad de

de poder nacionales y transnacionales y daños a gran escala, desde el hambre o la desocupación masiva hasta la represión,[65] y se ha llegado a hablar de "crímenes de la globalización".[66]

Todo este recorrido ha sentado las bases, y nutrido en sus detalles, la propuesta que aquí se realiza.

VII. El delito del maldesarrollo

El concepto presentado en la primera página puede ser leído ahora, probablemente, con mayor facilidad:

El delito del maldesarrollo es el conjunto de interrelaciones y actividades en el contexto de políticas y emprendimientos económicos internacionales, transnacionales, regionales y nacionales que conllevan o han concretado el riesgo de obstaculizar la satisfacción de necesidades básicas en el nivel colectivo y participan así en forma directa o indirecta en el ejercicio de la violencia cultural, estructural o física que impide el desarrollo sostenible e integral de una población en términos de paz económica, cultural y legal.

Las características, o componentes conceptuales, del delito de maldesarrollo, pueden resumirse de la siguiente manera, planteada intencionadamente con fórmulas reiteradas para facilitar su discusión y revisión de manera sistemática:

Zulía, 1969; ELBERT, *Criminología Latinoamericana. Identidad, realidad social y Estado*, México D.F., Res Pública, 2016; ZAFFARONI, *Crímenes de masa*, Buenos Aires, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012, 2.ª ed.; ZAFFARONI, *La Pachamama y el humano*, Buenos Aires, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012.

[65] WALTERS, "Crime, Bio-Agriculture and the Exploitation of Hunger" en *British Journal of Criminology* 46, 2006, pp. 26-45; MORRISON/ ZAFFARONI/ BERGALLI, "Diálogos sobre criminología, genocidio y daño social con Wayne Morrison, Eugenio Raúl Zaffaroni y Roberto Bergalli" en RIVERA BEIRAS, Iñaki (ed.) *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social*, Barcelona, Anthropos, 2014, pp. 207-222; RIVERA BEIRAS, "Retomando el concepto de violencia estructural. La memoria, el daño social y el derecho a la Resistencia como herramientas de trabajo" en RIVERA BEIRAS, Iñaki (ed.) *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social*, Barcelona, Anthropos, 2014, pp. 253-279; FERRAJOLI, "Criminología, crímenes globales y derecho penal. El debate epistemológico en la criminología contemporánea" en RIVERA BEIRAS, Iñaki (ed.) *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social*, Barcelona, 2014, pp. 81-96; HILLYARD/ TOMBS, "From 'Crime' to Social Harm?" en CHAMBLISS, y MOLONEY, (eds.) *State Crime. Critical Concepts in Criminology. Vol. I: An Introduction to the Field of State Crime Research*, London/NY, Routledge, 2015, pp. 229-247; BARAK, *The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful*, Cornwall, Routledge, 2015; BARAK, *Unchecked Corporate Power. Why the crimes of multinational corporations are routinized away and what we can do about it*, Londres/Nueva York, Routledge, 2017.

[66] FRIEDRICHS/ ROTHE, *Crimes of Globalization*, Londres, Routledge, 2015; FRIEDRICHS, "Transnational Crime and Global Criminology: Definitional, Typological, and Contextual Conundrums" en *Social Justice* 34 (2), 2007, pp. 4-18.

I. *Causa y resultado de violencia:* el delito del maldesarrollo es *causante y resultado de la violencia* en sus expresiones de violencia cultural, estructural y física, y es causante y resultado de su dinámica de círculo vicioso.

II. *Forma agravada de delito de cuello blanco:* el delito del maldesarrollo es una *forma agravada de delito de cuello blanco*, tanto por la gravedad del daño generado —nivel de violación de derechos humanos— como por la opacidad de la estructura y funcionamiento de empresas y capitales de la actualidad.

III. *Forma agravada de criminalidad de los poderosos:* el delito del maldesarrollo es una *forma agravada de criminalidad de los poderosos*, ya que los actores involucrados no son solo figuras en búsqueda de aumento de poder económico o político, sino que la posición estratégica y geopolítica de empresas transnacionales y Estados implica que el mayor poder económico es sobre recursos económicamente escasos pero vitales para las poblaciones, y que el poder político llega al fomento de conflictos físico e incluso armados.

IV. *Forma democrática y no-organizada, por omisión, de macrocriminalidad:* el delito del maldesarrollo es la *forma democrática y por omisión de la macrocriminalidad*, ya que no se sustenta en estructuras estatales de no derecho con habilitación legal para la violación de derechos, sino de la indiferencia o no intervención estatal en favor de la protección y realización de derechos de la población frente a las amenazas y lesiones producidas por actores privados, o por actores estatales con prácticas sí identificadas formalmente como delito.

V. *Legitimado por la actuación combinada de grupos de interés de información nacional e internacional:* el delito del maldesarrollo se caracteriza por el fomento y legitimación *mediática internacional* producida por los grupos económicos que trascienden los ámbitos nacionales de información y difunden discursos económicos del norte global, con lo cual se promueve la legitimación y justificación de condiciones contextuales del sur global y se profundiza la distancia social hacia el interior de las sociedades de la región.

VI. *Combinación de daño ambiental, explotación de recursos naturales e insatisfacción de necesidades básicas:* el delito del maldesarrollo es la *forma actual y real de fusión entre el daño ambiental, el agotamiento de recursos naturales y la anulación de potencialidades* en la satisfacción de necesidades básicas de grupos *poblaciones rurales del sur global* en favor de la fuga de recursos al norte global.

VII. *Combinación de precarización social, privación laboral y educativa e insatisfacción inmediata de necesidades básicas:* el delito del maldesarrollo es la *forma actual y real de fusión entre la precarización social, la carencia laboral y educativa y la anulación de potencialidades* en la satisfacción de necesidades básicas de *grupos poblacionales urbanos del sur global* en favor de la intensificación de recursos financieros, tecnológicos y de información en el norte global.

VIII. *Insatisfacción mediata de necesidades:* el delito del maldesarrollo obstaculiza la satisfacción de necesidades básicas en forma inmediata y mediata, tanto en el nivel colectivo como individual en grupos poblacionales históricamente vulnerabilizados, obstaculiza la satisfacción de necesidades básicas en forma mediata en la sociedad local en general, y dificulta la satisfacción de necesidades básicas a largo plazo en la población mundial en su conjunto.

IX. *Glocal:* el delito de maldesarrollo es de naturaleza global porque se genera en las condiciones globales, pero se desarrolla únicamente en relación con las condiciones locales, de modo que los actores son internacionales, transnacionales y locales en sus interconexiones y circunstancias.

X. *Diferentes velocidades y espacios en forma sincrónica y diacrónica:* el delito de maldesarrollo se desarrolla a diferentes velocidades de manera sincrónica y diacrónica según su expresión a través de la violencia física, estructural o cultural, y según los momentos en que se manifiesta cada una de estas violencias. El delito de maldesarrollo se desarrolla en diferentes espacios de forma sincrónica y diacrónica según los actores involucrados en los diferentes nodos de comunicaciones, sistemas y estructuras.

XI. *Causa daño social:* el delito del maldesarrollo puede medirse en términos de daño social local, nacional e internacional a partir del desequilibrio generado entre la realización de la libertad, la seguridad y la igualdad entendidas en forma integral, lo que pone en cuestión la misma democracia.

XII. *Delitos (tipos penales) individuales pueden ser parte del DMD, pero el DMD (categoría conceptual) va más allá de ello:* el delito del maldesarrollo *no es tipificable en un código penal* puesto que trasciende el orden nacional y atraviesa sinnúmeros de infracciones legales y decisiones —prácticas y discursivas— legales, trasciende la lógica tradicional de delito (delincuente–víctima y Estado imparcial) y su realización no es atribuible en términos tradicionales de derecho penal sancionador. Son parte del delito del maldesarrollo delitos tipificados, pero el delito del

maldesarrollo como categoría conceptual y de diseño político de prevención y reparación los excede.

A partir de esta conceptualización fueron desarrollados respectivamente doce lineamientos como guía de interpretación para el análisis y estudio de casos, y fueron presentados cinco mecanismos de abordaje para la intervención que profundizan en la capacidad explicativa y de intervención de la propuesta.[67]

VIII. Un concepto como incentivo para pensar sobre viejos problemas con nuevos enfoques

Como un desafío al trabajo criminológico que comienza aquí, esta nueva categoría implica articular las visiones investigativas entre el norte y el sur globales y sus discursos. El trabajo conjunto se vio aquí fortalecido, p. ej., en torno a conceptos e ideas comunes, como el daño social y la internacionalidad de la violencia. La invitación es a que el trabajo académico tienda a cerrar (y no a reproducir) la brecha generada desde espacios económicos y geopolíticos.[68] Sin embargo, no debemos perder de vista las realidades regionales. La visión internacional crítica se centra principalmente en los mecanismos y actores, los soberanos, que tienen sus tronos en el norte global, al igual que las instituciones financieras a las que FRIEDRICHS y ROTHE,[69] p. ej., dedican su estudio cuando hablan de los crímenes de la globalización. El análisis que pone el énfasis en el daño social generado por las diversas formas de actividades dañinas probablemente estará más fuertemente anclado en la realidad del sur global, y puede acercarse a él, describirlo y vivirlo como el principal receptor (y regenerador) de los resultados negativos de las experiencias y experimentos de política económica internacional y transnacional. Esto también puede explicarse en otros términos más específicos. La criminalidad de los poderosos, el delito de cuello blanco y los delitos de la globalización son ejemplos de conceptualizaciones que tienen como principal preocupación la figura del infractor y sus características y actividades. Al presentar la idea del delito del maldesarrollo, en cambio, se pone el énfasis en los resultados, en el grave daño social y

[67]Una explicación de estos lineamientos y mecanismos excedería los límites de este trabajo. Cabe, no obstante, enunciar los mecanismos: 1. Mapa estático de actores; 2. Diagrama de rastreabilidad retrospectiva y prospectiva de acuerdo con actividades y daños; 3. Tabla de responsabilidades; 4. Plan de intervención y responsabilización; 5. Protocolo de procedimiento. Para una profundización en esta primera propuesta, puede consultarse BÖHM, *supra* nota 2, pp. 225 ss.

[68] VALDES RIESCO, *Can the Subaltern Speak in Criminology? Analysing the Production of Knowledge on Crimes of the Powerful in the 21st Century through Latin American Post-Colonial Lenses*, open paper, 2017.

[69] FRIEDRICHS ROTHE, *supra* nota 66.

humano (maldesarrollo) generado por diferentes mecanismos en los que, por supuesto, están involucrados los infractores poderosos, los de cuello blanco y los *delincuentes* de la globalización. Sin embargo, solo son actores en el marco de las comunicaciones, los sistemas y las estructuras, en términos de GALTUNG, en los que también participan otros actores, como los grupos afectados, la sociedad civil y su apoyo o apatía, los medios de comunicación y sus noticias, las iglesias y sus doctrinas y las academias y sus teorías. Todos estos actores pueden desempeñar un papel esencial al evaluar la posibilidad de evitar una determinada actividad o medida que conlleva la obstaculización de la satisfacción de necesidades básicas. Todos estos actores también son partes esenciales de lo que aquí se considera la categoría de maldesarrollo, ya que ocupan diferentes roles y lugares en esas comunicaciones, sistemas y estructuras; y se les puede responsabilizar por la forma en que se desempeñan en esos espacios de acción. Esta responsabilidad no debe entenderse necesariamente en términos de imputación sancionadora penal, por supuesto.

No se deben permitir soberanos, ni se deben permitir excepciones. Pero esto es más fácil decirlo que hacerlo. Es por eso que se considera importante seguir explorando y desarrollando una categoría conceptual compleja como la del delito del maldesarrollo. Los nuevos conceptos traen nuevas perspectivas y, por lo tanto, enfoques renovados para problemas y problemas antiguos. La categoría conceptual del delito del maldesarrollo implica pensar en formas integrales sobre la violencia y las formas de evitarla, de modo que el *Mal Vivir* generado por el maldesarrollo en las regiones del sur global pueda detener su círculo vicioso y ser redirigido hacia un desarrollo constructivo sostenible que esté imbuido de la cultura y las prácticas del *Buen Vivir*. Y esto debería suceder no solo en el sur global, sino también en el norte global, lo cual explica la base de esta propuesta y su contenido principal. Solo queda seguir adelante y trabajar en la realización de la potencialidad que esta contiene.

Bibliografía

ALBRECHT, Hans-Jörg, "Internationale Kriminalität, Gewaltökonomie und Menschenrechtsverbrechen: Antworten des Strafrechts" en *IPG* 2, 2007.

ALTVATER, Elmar, *Los límites del capitalismo. Acumulación, crecimiento y huella ecológica*, Buenos Aires, Mardulce, 2011.

ANIYAR DE CASTRO, Lola, *Criminología de los Derechos Humanos. Criminología axiológica como política criminal*, Buenos Aires, Del Puerto, 2010.

—, *Victimología*, Maracaibo: Centro de investigaciones criminológicas de la Universidad de Zulía, 1969.

ARTEAGA BOTELLO, Nelson/ LARA CARMONA, Vanessa L. "Violencia y distancia social: una revisión" en *Papeles de Población* 40 (Abril/Junio), CIEAP/UAEM, 2004, pp. 169–191.

AZNAREZ CARINI, Gala, "Un campo en disputa en la Argentina contemporánea: la irrupción de una voz campesino indígena", ponencia presentada en las *XIII Jornadas Nacionales y V Internacionales de Investigación y Debate*, 27 a 29 de julio, 2016.

BAECHLER, Günther, *Violence through Environmental Discrimination: Causes, Rwanda Arena, and Conflict Model*, *Social Indicators Research Series. Vol. 2,* Dordrecht, Springer-Science+Business Media, B.V, 1999.

BANERJEE, Subhabrata B., "Necrocapitalism" en *Organization Studies* 29 (12), 2008, pp. 1541-1563.

BARAK, Gregg, *The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful*, Cornwall, Routledge, 2015.

—, *Unchecked Corporate Power. Why the crimes of multinational corporations are routinized away and what we can do about it*, London/New York, Routledge, 2017.

BÖHM, María L., "Transnational Corporations, Human Rights Violations and Structural Violence in Latin America: A Criminological Approach" en *Kriminologisches Journal*, 4/2016, pp. 272-293.

—, "Violencia estructural – Ejercicio de análisis de la realidad de comunidades indígenas wichí, qom y pilagá en la provincia argentina de Formosa" en *Lecciones y Ensayos*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Nro. 98, 2017, pp. 51-99.

—, *The Crime of Maldevelopment: International Deregulation and Violence in the Global South*, London/NY, Routledge, 2019.

BRUCKMANN, Mónica, "La financiarización de la naturaleza y sus consecuencias geopolíticas" en *Revista Diálogos del Sur*, 13 de febrero de 2017. Disponible en

https://dialogosdelsur.operamundi.uol.com.br/medio-ambiente/57341/la-financiarizacion-de-la-naturaleza-y-sus-consecuencias-geopoliticas (enlace verificado el 25.07.29).

CARRASCO, Anita/ FERNÁNDEZ, Eduardo, "Estrategias de resistencia indígena frente a desarrollo minero. La comunidad de Likantatay ante un posible traslado forzoso" en *Estudios Atacameños*, No.38, 2009, pp. 75-92.

CATALÁN LERMA, Martín, "Minería, una paradoja en el desarrollo de Zacatecas" en *OCMAL* website, 2011. Disponible en: https://www.ocmal.org/mineria-una-paradoja-en-el-desarrollo-de-zacatecas/ (enlace verificado el 24.07.19).

CONTRAFATTO, Silvia/ GUEVARA, Micaela/ HINOJOSA, Laura y LOPERFIDO, Manuela, "Macrocriminalidad. Herramientas conceptuales" en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año VIII, 2018, pp. 212-219.

DESALVO, María Agustina, "El MOCASE: Orígenes, consolidación y fractura del movimiento campesino de Santiago del Estero" en *Astrolabio Nueva Época*, Nr 12, 2014, pp. 271-300.

DONZIGER, Steve/GARR, Laura/PAGE, Aaron M., "The Clash of Human Rights and BIT Investor Claims: Chevron's Abusive Litigation in Ecuador's Amazon" en *Human Rights Brief* 17 (2), 2010, pp. 8-15.

EDESO NATALÍAS, Verónica, "La distancia social y su importancia en la interacción: propuesta para su estudio en clase de ELE", en *ASELE, Actas XVI*, 2005, pp. 247–257.

ELBERT, Carlos A., *Criminología Latinoamericana. Identidad, realidad social y Estado*, México D.F., ResPública, 2016.

ELEISEGUI, Patricio *Envenenados: una bomba química nos extermina en silencio*, Buenos Aires, Wu Wei, 2013.

FATTAH, Ezzat A., "The Evolution of a Young, Promising Discipline: Sixty Years of Victimology, a Retrospective and Prospective Look", en SLOMO G. Shoham, KNEPPER, Paul y KETT, Martin (eds.), *International Handbook of Victimology*, Boca Raton/London/New York, CRC Press, 2010, pp. 43–94.

FERRAJOLI, Luigi, "Criminología, crímenes globales y derecho penal. El debate epistemológico en la criminología contemporánea" en RIVERA BEIRAS, Iñaki (ed.), *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social*, Barcelona, 2014, pp. 81-96.

FRIEDRICHS, David, "Transnational Crime and Global Criminology: Definitional, Typological, and Contextual Conundrums" en *Social Justice* 34 (2), 2007, pp. 4-18.

FRIEDRICHS, David/ ROTHE, Dawn L., *Crimes of Globalization*, London, Routledge, 2015.

GALTUNG, Johan, *Violencia Cultural*, Gernika Gogoratuz: Centro de Investigación por la Paz. Fundación Gernika Gogoratuz. *Documento de trabajo N.º 14,* 2003.

—, "Violence, Peace, and Peace Research" en *Journal of Peace Research* 6 (3), 1969, pp. 167-191.

—, *Menschenrechte anders gesehen*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1994.

—, *Peace by Peaceful Means: Peace and Conflict, Development and Civilization*, London, Sage, 1996.

—, *Tras la violencia, 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución. Afrontando los efectos visibiles e invisibles de la guerra y la violencia*, Bilbao, Bakeaz/Gernika Gogoratuz, 1998.

—, *Violencia, Guerra y su impacto,* (1998a). Disponible en http://red.pucp.edu.pe/ridei/wp-content/uploads/biblioteca/081020.pdf (enlace verificado el 24.07.19).

GALTUNG, Johan/ FISCHER, Dietrich, *Johan Galtung – Pioneer of Peace Research*, Springer, libro electronico, 2013.

GARIBAY, Claudio/ BONI, Andrés/PANICO, Francisco/URQUIJO, Pedro, "Corporación minera, colusión gubernamental y desposesión campesina. El caso de Goldcorp Inc. en Mazapil, Zacatecas" en *Desacatos* 44, México, ene-abr 2014.

GORENSTEIN, Silvia, *Empresas transnacionales en la agricultura y la producción de alimentos en América Latina y el Caribe*, Buenos Aires: Nueva Sociedad/Friedrich Ebert Stiftung, 2016.

GORENSTEIN, Silvia/ ORTIZ, Ricardo, "*La tierra en disputa. Agricultura, Acumulación y territorio en la Argentina reciente*" en *RELAER* 1 (2), 2016, pp. 1–26.

GUDYNAS, Eduardo, *Derechos de la Naturaleza, Ética biocéntrica y políticas ambientales*, Buenos Aires, Tinta Limón, 2015.

HEREDIA, Mariana, "Ideas económicas y poder durante la dictadura" en VERBITSKY, Horacio/ BOHOSLAVSKY, Juan P. (eds.), *Cuentas pendientes – Los cómplices económicos de la dictadura*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, pp. 47-63.

HILLYARD, Paddy/ TOMBS, Steve, "From 'Crime' to Social Harm?" en CHAMBLISS, William J./ MOLONEY, Christopher J. (eds.) *State Crime. Critical Concepts in Criminology. Vol. I: An Introduction to the Field of State Crime Research*, London/NY, Routledge, 2015, pp. 229-247.

ISLAM, Safiqul, "On the Controversies of Development and the Conceptual Evaluation of Maldevelopment" en *Premises and Process of Maldevelopment*, Stockholm, Bethany Books, 1987, pp. 71–103.

JÄGER, Herbert, *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Suhrkamp, Frankfurt a.M, 1989.

JEWKES, Yvonne, *Media and Crime. Key Approaches to Criminology*, Sage, 3°. ed., 2015.

KARSTEDT, Susanne, "Democratization and Violence: European and International Perspectives" en BODY-GENDROT, Sophie/ SPIERENBURG, Pieter (eds.), *Violence in Europe: Historical and Contemporary Perspectives*, New York, Springer, 2009, pp. 205–225.

KIMERLING, Judith, *Amazon crude, Natural Resources Defense Council*, 1991.

—, "The Environmental Audit of Texaco's Amazon Oil Fields: Environmental Justice or Business as Usual?", en *Harvard Human Rights Journal* 7, 1994, pp. 199-224.

LEE, Chul, *(Latente) soziale Probleme und Massenmedien*, Herbolzheim, Centaurus Verlag, 2005.

MARTÍNEZ SARASOLA, Carlos, *Nuestros paisanos los indios. Vida, historia y destino de las comunidades indígenas en Argentina*, Buenos Aires, Del Nuevo Extremo, 2013.

MATHIAS, Maíra, "Matopiba: na fronteira entre a vida e o capital" en *EPSJV/Fiocruz.* 2017, 19 de septiembre. Disponible en http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/matopiba-na-fronteira-entre-a-vida-e-o-capital (enlace verificado el 24.07.19).

MIDRÉ, Georges/FLORES, Sergio, *Élite ladina, políticas públicas y pobreza indígena*, Instituto de Estudios Interétnicos, Universidad San Carlos de Guatemala, Guatemala: Magna Terra, 2012.

MORRISON, Wayne/ZAFFARONI, Eugenio Raúl/BERGALLI, Roberto, "Diálogos sobre criminología, genocidio y daño social con Wayne Morrison, Eugenio Raúl Zaffaroni y Roberto Bergalli", en RIVERA BEIRAS, Iñaki (ed.), *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social*, Barcelona, Anthropos, 2014, pp. 207-222.

NAMUNCURA, Domingo, *Ralco: represa o pobreza?*, Santiago de Chile, Lom, 1999.

NATALI, Lorenzo, *A Visual Approach for Green Criminology: Exploring the Social Perception of Environmental Harm,* London, Palgrave Macmillan, 2016.

RASKOVSKY, Rodrigo, "Técnicas de neutralización y Arbitraje Internacional de Inversiones", en AMBOS, Kai y BÖHM, María Laura (eds.), *Empresas transnacionales y graves violaciones de derechos humanos en América Latina*, Göttingen: GAU Verlag (en edición), 2019.

RIVERA BEIRAS, Iñaki, "Retomando el concepto de violencia estructural. La memoria, el daño social y el derecho a la Resistencia como herramientas de trabajo" en RIVERA BEIRAS, Iñaki (ed.) *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social*, Barcelona, Anthropos, 2014, pp. 253-279.

ROMERO-CASTILLO, Evan, "Inversión agraria extranjera: ¿oportunidad o abuso?" en *Deutsche Welle*, 24 de mayo, 2012, disponible en https://www.dw.com/es/inversi%C3%B3n-agraria-extranjera-oportunidad-o-abuso/a-15972448 (enlace verificado el 25.07.19).

ROSSO, Inés/ TOLEDO LÓPEZ, Virginia, "Proceso de (des-re) territorialización en Santiago del Estero", *Memoria Académica, 2010*.

RUBINSTEIN, David, "La central Ralco y su perversa historia contra los pehuenches" en *ElCiudadano*, 7 de enero, 2014. Disponible en: https://www.elciudadano.cl/medio-ambiente/la-central-ralco-y-su-perversa-historia-contra-los-pehuenche/01/07/ (enlace verificado el 24.07.19).

RUGGIERO, Vincenzo, "Criminals and service providers: Cross-national dirty economies" en *Crime, Law &Social Change,* Vol. 28, 1997, pp. 27-38.

—, "It's the Economy, Stupid! Classifying Power Crime" en *International Journal of the Sociology of Law* Vol. 24(4), 2007, pp. 163-177.

SADIR, Emir, *El nuevo topo. Los caminos de la izquierda latinoamericana*, Barcelona, El Viejo Topo, 2009.

SEAGA SHAW, Ibrahim, *Human Rights Journalism. Advances in Reporting Distant Humanitarian Interventions*, Basingstone, Palgrave Macmillan, 2011.

SILVEIRA GORSKI, Héctor, "Por un espacio público no estatal. Contra la hegemonía neoliberal y el declive de la democracia" en RIVERA BEIRAS, Iñaki (ed.), *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social*, Barcelona, Anthropos, 2014, pp. 99–112.

SPAPENS, Toine, "Invisible Victims: the Problem of Policing Environmental Crime", en SPAPENS, Toine / WHITE, Rob / KLUIN, Marieke (eds.), *Environmental Crime and its Victims. Perspectives within Green Criminology*, Ashgate, 2014, pp. 221-236.

SUELT COCK, Vanessa, "Las violaciones de DDHH por parte de empresas del sector extractivo en Colombia. Retos para el Estado del postconflicto", en AMBOS, Kai / BÖHM, María Laura (eds.), *Empresas transnacionales y graves violaciones de derechos humanos en América Latina*, Göttingen: GAU Verlag (en edición), 2019.

SUTHERLAND, Edwin, *White Collar Crime: The Uncut Version*, New Haven, Yale University Press, 1983.

SVAMPA, Maristella, *Del cambio de época al fin de ciclo. Gobiernos progresistas, extractivismo y movimientos sociales en América Latina*, Buenos Aires, Edhasa, 2017.

SVAMPA, Maristella/ VIALE, Enrique, *Maldesarrollo: La Argentina del extractivismo y el despojo*, Buenos Aires, Katz, 2014.

SYKES, Gresham M./ MATZA, David, "Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency" en *American Sociological Review*, 22(6), 1957, pp. 664-670.

TAIANA, Jorge E., "La geopolítica internacional de los apoyos económicos" en VERBITSKY, Horacio/ BOHOSLAVSKY, Juan P. (eds.), *Cuentas pendientes – Los cómplices económicos de la dictadura*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2013, pp. 65-77

TORTOSA, José María, *Maldesarrollo y Mal Vivir. Pobreza y violencia a escala mundial,* Quito, Ediciones Abya Yala, 2011.

UNCETA SATRÚSTEGUI, Koldo, "Desarrollo. Subdesarrollo. Maldesarrollo y Postdesarrollo. Una mirada transdisciplinar sobre el debate y sus implicancias", en *Carta Latinoamericana. Contribuciones en Desarrollo y Sociedad en América Latina*, No 7, 2009, pp. 1-34.

VALDES RIESCO, Amalia, *Can the Subaltern Speak in Criminology? Analysing the Production of Knowledge on Crimes of the Powerful in the 21st Century through Latin American Post-Colonial Lenses*, open paper, 2017.

WALTERS, Reece, "Crime, Bio-Agriculture and the Exploitation of Hunger", en *British Journal of Criminology* 46, 2006, pp. 26-45.

YUNUS, Muhammad, *Banker to the Poor: Micro-Lending and the Battle against World Poverty,* New York, Public Affairs, 1999/2003.

ZABALO, Patxi, "Los acuerdos internacionales sobre inversión, otro obstáculo para el desarrollo de América Latina", en *Gestión en el Tercer Milenio, Rev. de Investigación de la Fac. de Ciencias Administrativas,* UNMSM, Vol. 11(22), Lima, 2008, pp. 27-39.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Crímenes de masa*, Buenos Aires, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2ª ed., 2012.

—, *La Pachamama y el humano*, Buenos Aires, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2012a.

ZANATTA, Loris, *Historia de América Latina – De la Colonia al siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2012.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año V, número 8, pp. 117-153

LA INCORRECCIÓN MORAL COMO PRESUPUESTO DE LEGITIMIDAD DE LA CRIMINALIZACIÓN

Lucía SOLAVAGIONE, LL.M.*

Fecha de recepción: 8 de marzo de 2019
Fecha de aprobación: 22 de mayo de 2019

Resumen

En este trabajo se abordará la problemática normativa de la legitimidad de la criminalización de clases de conductas por parte del Estado. En particular, se expondrán algunos argumentos a favor de que la incorrección moral sea —junto con el daño— una exigencia de la legitimidad de esa criminalización (teoría dualista). Además, se sostendrá la necesidad de distinguir la incorrección moral del daño. Asimismo, se presentarán algunos ejemplos que muestran que esta es útil en los análisis descriptivos del derecho penal.

Palabras clave: Legitimidad de la criminalización – bien jurídico – principio de daño – incorrección moral

Title: Moral Wrongfulness as Requirement of the Legitimacy of Criminalisation

Abstract

This paper will address the normative problem of the legitimacy of the criminalization of classes of behaviour by the State. In particular, it will present some arguments in favour of a dualist theory (both moral wrongfulness *and* harm as requirements of the legitimacy of the criminalization). In addition, it will argue the need to distinguish moral wrongfulness from harm. It will also present some examples that show that this is useful in descriptive analyses of criminal law.

Key words: Legitimacy of criminalization – legal right – harm principle – moral wrongfulness

* Abogada, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Magister en Derecho alemán por la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität de Bonn, Alemania y becaria doctoral del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) en la misma Universidad. Contacto: s3lusola@uni-bonn.de. Expreso mi gratitud a Alejandra Verde por haber leído la primera versión de este trabajo. Sus observaciones, críticas y sugerencias bibliográficas fueron fundamentales para un mejor desarrollo de estas ideas.

Sumario

I. Introducción; II. La justificación de la criminalización; III. El principio de daño (*harm principle*) y la teoría del bien jurídico como condición necesaria de criminalización; IV. La incorrección moral; 1. Consenso social; 2. Punto de vista de la moral positiva; 3. Perspectiva deontológica; V. La autonomía de la incorrección moral respecto del daño; VI. Incorrección moral y análisis descriptivos; VII. Los límites del principio de daño; 1. El "peso" del daño; 2. Confusión entre ambas exigencias; 3. Pérdida de la función crítica; VIII. La concepción dualista de la criminalización; IX. ¿Debería, entonces, ser la incorrección moral un presupuesto de criminalización?; X. Conclusión; XI. Bibliografía.

I. Introducción

La decisión del Estado de criminalizar una clase de conducta debe estar siempre racionalmente justificada. Como afirma FEINBERG: "La libertad debe ser la norma, la coerción siempre necesita una justificación especial".[1] Una prohibición penal estará justificada en la medida que el legislador respete ciertas *exigencias*, *requisitos* o *presupuestos* que actúan como límite al uso del aparato represivo estatal. Una teoría de la criminalización es esencial dado que, precisamente, provee los requisitos de legitimidad de una criminalización, cuyo objetivo es restringir el alcance del derecho penal.[2] Es decir, permite generar un marco normativo para distinguir entre prohibiciones penales justificadas y no justificadas.[3] La teorización en materia de criminalización, entonces, "pretende articular qué clase de razones debe guiar la labor legislativa penal (en particular al criminalizar clases de conductas), razones que, a su vez, han de aparecer también de modo central en la tarea interpretativa".[4]

En Alemania, la posición mayoritaria en la doctrina penal entiende que la función del derecho penal es la protección de *bienes jurídicos* frente a su lesión o peligro de lesión[5] y la lucha contra

[1] FEINBERG, *Harm to others. The Moral Limits of the Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1984, p. 9.
[2] HUSAK, *Overcriminalization – The limits of the criminal law*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 59. Según el autor, una teoría de la criminalización es "un conjunto de principios para reducir el alcance del derecho penal sustantivo".
[3] HUSAK, *supra* nota 2, p. 3.
[4] FERRANTE, "Filosofía del derecho penal", en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol. 3, 2015, p. 2098. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/13.pdf [enlace verificado el día 22 de mayo de 2019].
[5] JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1996, p. 7; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, *Band 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.ª ed., Múnich, C. H. Beck, 2006, § 2, n.º m.

comportamientos socialmente dañosos.[6] En similar sentido, en el ámbito anglosajón se ha considerado que su función es la prevención del *daño*.[7] Es decir, la discusión se centra en "la afectación al 'bien jurídico' de un delito, entendido normalmente como la producción de un daño o perjuicio".[8] Esto significa, entonces, que en ambas tradiciones (aunque especialmente en la continental europea)[9] mayoritariamente se considera que estos principios son el presupuesto *necesario* y, además, *suficiente* de legitimidad de la criminalización.

El objetivo de este breve estudio es presentar algunas reflexiones acerca de la incorrección moral (que en la tradición angloamericana se conoce como *wrongfulness*[10] o *moral wrongfulness*[11]) de clases de conducta como presupuesto de legitimidad de la criminalización.

Se entenderá que lo que define a una clase de conducta como moralmente incorrecta es su contradicción *intrínseca* con una norma moral autónoma que es lesionada cuando se comete un delito y no sus consecuencias.[12] Por "moral" se hará referencia aquí a la "moral positiva", es decir al conjunto de normas y pautas de comportamiento aceptadas en un grupo social determinado.

Asimismo, se dará cuenta de la extensión que ha sufrido el principio del daño y el concepto de bien jurídico para abarcar aspectos que corresponden, en realidad, a la incorrección moral. Al respecto, se señalarán los problemas que esto genera y se sostendrá la necesidad de separar estrictamente ambas exigencias. En especial, se expondrán argumentos a favor de una *teoría dualista de la criminalización*, que sostiene que, junto con el daño, la incorrección moral debe ser considerada un requisito adicional de legitimidad de una criminalización.

II. La justificación de la criminalización

1; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 7.ª ed., Berlín, De Gruyter, 2005, § 1, n.º m. 13; JOECKS, "Einl.", en MüKo I, 2.ª ed., Múnich, Beck, 2011, n.º m. 26.

[6] HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, Heymanns, 2002, p. 5.

[7] AMBOS, "Bien jurídico y Harm Principle: Bases teóricas para determinar la «función global» del derecho penal internacional – Una segunda contribución para una teoría coherente del derecho penal internacional", en *Revista de derecho penal y criminología*, 3.ª Época, n.º 10, 2013, p. 345.

[8] RUSCA, "¿Por qué está mal aceptar y ofrecer sobornos? Una discusión de la tesis de la mercantilización del gobierno", en *En Letra: Derecho Penal*, año I, n.º 2, 2016, p. 87.

[9] RUSCA, *supra* nota 8, p. 87.

[10] HUSAK, *supra* nota 2, pp. 65 y 73.

[11] GREEN, *Lying, Cheating, and Stealing – A Moral Theory of White-Collar Crime*, Oxford University Press, Nueva York 2006, p. 39.

[12] GREEN, *supra* nota 11, p. 39.

Desde la Ilustración, se entiende que el derecho penal es de *ultima ratio*[13]: únicamente puede intervenir siempre que no haya una alternativa menos gravosa en el derecho vigente (carácter accesorio del derecho penal). Además, dado que la pena es la sanción más grave de la que dispone el Estado, solo puede ser utilizada por este cuando se trate de ataques especialmente dañosos y reprochables contra bienes jurídicos (carácter fragmentario del derecho penal).[14]

Preguntarse por los presupuestos de una criminalización legítima es preguntarse por los presupuestos bajo los cuales el Estado puede hacer uso de la herramienta de control social más grave de la que dispone: el *ius puniendi*. Su función esencial es la creación y el mantenimiento de un ordenamiento jurídico, sin el cual la vida en comunidad no sería posible.[15] En este sentido, si se piensa que toda norma de prohibición limita la libertad de las personas[16] y que la pena consiste en la irrogación severa de un mal[17] que limita la libertad del individuo y su desarrollo personal,[18] entonces, toda decisión de criminalización debería estar justificada lo máximo posible. Por lo tanto, analizar cuáles deberían ser estos requisitos es relevante para determinar si la prohibición penal de una clase de conducta está o no justificada.

Esta justificación se refiere tanto a la finalidad de la pena (el porqué del castigo) como al merecimiento individual.[19] Este último, a su vez, puede dividirse en dos aspectos: por un lado, a quién se decide castigar y, por otro lado, qué clases de conductas pueden ser criminalizadas de modo legítimo.[20] Por ello, la pregunta de la legitimidad de una prohibición penal es respondida por una teoría de la criminalización y no debe ser confundida con la cuestión de la legitimidad del castigo penal, pese a que existe una obvia vinculación entre estas. Al respecto, afirma HUSAK que: "Una teoría de la criminalización provee una serie de condiciones bajo las cuales al Estado le está permitido recurrir al castigo. Buscamos principios para limitar el derecho penal, porque buscamos

[13] Un análisis del principio de *ultima ratio* puede verse en HUSAK, "The Criminal Law as Last Resort", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n.º 2, 2004, pp. 207-235.
[14] JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 5, pp. 52 s.
[15] JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 5, p. 11.
[16] Así, FEINBERG, *supra* nota 1, p. 7: "Podemos formular la pregunta básica de estos volúmenes como una sobre los límites morales de la libertad individual, entendiendo 'libertad' simplemente como la ausencia de coerción legal".
[17] Con ulteriores referencias, STREE/KINZIG, "§§ 38" en S/S-StGB, 29.ª ed., Múnich, Beck, 2014, n.º m. 1.
[18] Al respecto, HUSAK entiende que: "En la actualidad, castigarnos es lo peor que nos puede hacer el Estado" (HUSAK, *supra* nota 13, p. 235).
[19] PERALTA, "La explotación: una discusión filosófica sobre su ilicitud", en GIMBERNAT ORDEIG *et al.* (eds.), *Dogmática del derecho penal: Material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a Schünemann*, Lima, Gaceta Jurídica, 2014, p. 491.
[20] PERALTA, *supra* nota 19, p. 491.

principios para limitar las circunstancias bajo las cuales al Estado le está permitido infligir sanciones punitivas".[21]

Una teoría de la criminalización tiene como destinatario al legislador y no al juez.[22]Al dirigirse a aquel, se trata de un análisis en el nivel de casos genéricos y no de casos individuales.[23] Criminalizar significa decidir si una *clase* de conductas en abstracto (caso genérico) debe ser prohibida penalmente y no si una conducta del mundo empírico (caso individual) debe ser castigada. Las consideraciones que realiza una teoría de la criminalización son, por lo tanto, previas al derecho positivo (*vorpositiv*, en alemán).

Al decidir si una clase de conducta debe o no ser penalmente prohibida, el legislador penal debe respetar los presupuestos determinados por una teoría de la criminalización para que su accionar no sea arbitrario, es decir, en términos de HUSAK, para evitar que la inocencia sea mágicamente transformada en prohibición mediante un simple trazo de la pluma legislativa.[24]

III. El principio de daño (*harm principle*) y la teoría del bien jurídico como condición necesaria de criminalización

La idea central del principio del daño y de la teoría del bien jurídico es, en esencia, la misma: ambos exigen la presencia de algún tipo de daño —o peligro de daño— y enfatizan la protección de los intereses como fundamento de la criminalización de clases de conducta.[25] Esto último significa, por un lado, que lo que se criminaliza son siempre comportamientos *humanos*, pues el derecho penal no se ocupa de criminalizar daños naturales.[26] Por otro lado, como se dijo, la criminalización es siempre de *clases* de conductas y, por ello, se refiere a un análisis en el nivel de, en términos de ALCHOURRÓN y BULYGIN, "casos genéricos" y no de "casos individuales" del

[21] HUSAK, *supra* nota 2, p. 77.
[22] PÉREZ BARBERÁ, "El ilícito material del delito tributario – En torno a la legitimidad de la criminalización de incumplimientos fiscales", en AMARANTE *et al.*, *Institutos de Derecho Penal Tributario*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017, p. 69.
[23] ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1998, pp. 57 ss., citado en PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 80.
[24] HUSAK, *supra* nota 2, p. 193.
[25] VON HIRSCH, "'Harm and Wrongdoing', Schädlichkeit und Verwerflichkeit als Begründung von Kriminalisierung", en *FS-Schünemann*, Berlín, De Gruyter, 2014, p. 83.
[26] VON HIRSCH, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, Berlín, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005, p. 75.

mundo empírico.[27] Por ello, es preferible hablar de clases de conducta que simplemente de conductas, ya que esta expresión es más adecuada para referirse a "tipologías delictivas".[28] Al criminalizar una clase de conducta, el legislador penal toma únicamente en cuenta razones *prima facie*, es decir, si estafar, administrar fraudulentamente o malversar fondos públicos, etcétera es, *en general* dañoso (y moralmente incorrecto). Y evalúa esto con independencia de que, según las circunstancias de un caso individual, la conducta concreta pueda ser no punible.[29]

En cuanto al principio del daño y la teoría del bien jurídico se ha sostenido que en la definición del concepto de "daño" se encuentran, también, los componentes del concepto de "bien jurídico"[30] o, en otras palabras, que existe una obvia similitud entre ambos.[31] Para la doctrina mayoritaria en Alemania, la tarea del derecho penal es la protección de bienes jurídicos; según el principio del daño del ámbito angloamericano, es la evitación de daños a terceros.[32] Para VON HIRSCH, tanto el principio del daño como el de bien jurídico son utilizados como instrumentos para determinar y limitar el ámbito legítimo de aplicación de las normas penales.[33] Es decir, la discusión respecto de

[27] Estos autores plantean que existe una ambigüedad en la expresión "caso" (es decir, esta es usada con más de un significado) y, para explicar esto, ofrecen el siguiente ejemplo: cuando se habla del caso del "homicidio político" o del caso "asesinato de Gandhi", la expresión es utilizada con diferentes significados. El asesinato de Gandhi es un fenómeno real, ocurrido en un cierto tiempo y espacio, mientras que el caso de "homicidio político" no se refiere a ningún acontecimiento ocurrido en la realidad, sino a ciertas características que pueden tener algunos acontecimientos. Para eliminar esta ambigüedad es necesario distinguir entre casos individuales y casos genéricos. Los primeros son "situaciones o acontecimientos" que se producen en un determinado tiempo y lugar. La noción de caso genérico, por el contrario, no alude a ningún suceso del mundo empírico, y puede ejemplificarse con un número indeterminado de casos individuales. Esta expresión es también ambigua, ya que se usa para designar a una subclase del Universo del Discurso formada a partir de una cierta propiedad como así también a la propiedad misma que sirve para formar esa subclase. Por ello, debe distinguirse entre: casos genéricos del Universo del Discurso y casos genéricos del Universo de Casos. Los primeros constituyen la subclase de los elementos de un universo del discurso formada a partir de una cierta propiedad. P. ej., si la propiedad que se usa para clasificar los elementos del Universo del Discurso está referida al homicidio por razones de género, serán casos genéricos de este tipo todo el subconjunto de homicidios por razones de género. Los segundos están dados por la propiedad definitoria de una subclase de los elementos del Universo del Discurso. P. ej., la propiedad "razones de género", que se usa para clasificar los elementos del Universo del Discurso referido al homicidio. Véase, al respecto: ALCHOURRÓN/BULYGIN, *supra* nota 23, pp. 57 ss.

[28] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 70.

[29] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 80.

[30] VON HIRSCH, *supra* nota 26, p. 75.

[31] MIRÓ LLINARES, "La criminalización de conductas 'ofensivas'. A propósito del debate anglosajón sobre los 'límites morales' del Derecho penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17-23, 2015, p. 8.

[32] WITTIG, "Rechtsgutstheorie, 'Harm Principle' und die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen", en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos, 2003, p. 239.

[33] VON HIRSCH, *supra* nota 26, p. 70.

qué clases de conductas —y con qué límites— el Estado puede legítimamente criminalizar, ha girado sobre estos dos principios, tanto en el sistema continental europeo como en el anglosajón.

En términos generales, según el principio del daño solamente pueden ser criminalizadas por el Estado las clases de conductas que sean dañinas a los intereses de un tercero.[34] Por el contrario, aquel no podría prohibir penalmente conductas meramente inmorales o que únicamente dañen al autor. La formulación originaria de este principio corresponde a MILL, quien sostuvo que: "el único propósito para el cual el poder se puede ejercer legítimamente sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es evitar que se dañe a terceros".[35] Es decir, por un lado, dado que el principio del daño se centra en los efectos de la clase de conducta que se criminaliza, brinda razones de tipo *consecuencialistas* en favor de una prohibición penal. Por otro lado, la criminalización debe apuntar a la *prevención* del daño,[36] es decir solo se puede criminalizar algo en la medida en que esto prevenga el daño a otros.

De modo similar, la teoría continental-europea del bien jurídico exige que la clase de conducta a criminalizar dañe a un bien o, al menos, lo ponga en peligro.[37] Por bienes jurídicos se entenderán aquí a los datos fundamentales para la realización personal de los individuos o para la subsistencia de un sistema social, en los límites del derecho constitucional.[38]

En síntesis: según ambos presupuestos una prohibición penal será legítima si la clase de conducta que se criminaliza es "dañina, es decir, si lesiona un interés importante de las personas y de su vida en comunidad (en el sentido en que lo plantea el denominado *harm principle* del derecho

[34] MILL, *Utilitarianism, Liberty, and Representative Government, Part II: On Liberty*, Londres, Dent, 1948 [1859], p. 73; FEINBERG, *supra* nota 1, pp. 33 ss.
[35] MILL, *supra* nota 34, p. 73.
[36] AMBOS, *supra* nota 7, p. 355.
[37] GRECO, "Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito", en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 12, n.º 49, 2004, p. 107.
[38] Las definiciones de bien jurídico que brinda la doctrina son muy numerosas. Sobre ello, STRATENWERTH señala que existe una absoluta falta de claridad y que respecto de ningún otro concepto básico en el derecho penal se ha ofrecido tal variedad de definiciones. (STRATENWERTH, "Zum Begriff des 'Rechtsgutes'", en *FS-Lenckner*, Múnich, C.H. Beck, 1998, p. 378). Asimismo, las dificultades de definir el bien jurídico aumentan frente a la tendencia de "licuar, espiritualizar y desmaterializar el concepto" (HASSEMER/NEUMANN, "Vor § 1", en NK-StGB, 5.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017, n.º m. 122). Al respecto, véase AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, Athenäum, 1972, pp. 91 ss.; KRÜGER, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, Berlín, Duncker & Humblot, 2000.

anglosajón o, en terminología continental-europea, si lesiona o pone en peligro algún bien jurídico)".[39]

IV. La incorrección moral

Cuando, en el ámbito angloamericano, se habla de *wrongfulness*[40] o *moral wrongfulness*[41] con relación a una clase de conducta, se hace referencia a que está *mal*, es decir, que es moralmente incorrecta. Y cuando esa clase de conducta está penalmente prohibida, surge la pregunta de cuál es el "fundamento moral" que subyace a esa prohibición.[42]

Según la postura que se desarrollará aquí, la determinación de la incorrección moral requiere el examen de cuáles *son* de hecho las convicciones morales fundamentales en una sociedad "X". Es decir, una clase de conducta es valorada como incorrecta cuando vulnera alguna norma moral[43] que forma parte de un consenso social mínimo. En otras palabras, afirmar que una acción es incorrecta significa aquí que ese consenso valoraría a esa acción de tal manera.[44]

En este punto corresponde formular algunas precisiones.

1. Consenso social

En primer lugar, el punto de vista relevante aquí, como se dijo, es el de la moral. Cuando se valora algo (una acción, una conducta, etc.) como "bueno" o "malo", *independientemente* de lo que diga el derecho positivo de una sociedad y exclusivamente desde los valores elementales que rigen en esta, significa pensar desde una perspectiva moral.[45] La incorrección moral consiste, entonces, en la contradicción de una conducta con una norma moral —y no necesariamente también jurídica— que es lesionada cuando se comete un delito.[46]

---

[39] VERDE, *La receptación como delito contra el mercado formal*, Madrid, Marcial Pons, 2019.
[40] HUSAK, *supra* nota 2, pp. 65 y 73.
[41] GREEN, *supra* nota 11, p. 39. En lo que sigue, hablaré de incorrección moral para hacer referencia a *wrongfulness* o *moral wrongfulness*.
[42] Cfr. GREEN, "What is wrong with tax evasion?", en *Houston Business and Tax Journal*, 2009, p. 225.
[43] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 75.
[44] GREEN, *supra* nota 11, p. 46.
[45] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 74.
[46] GREEN, *supra* nota 11, p. 39.

Ahora bien, la referencia a la moral puede ser problemática desde la perspectiva de un derecho penal liberal, según se explicará más adelante. Por ello, es necesario formular algunas especificaciones.

En primer lugar, en este análisis, "moral" hace referencia a la *moral positiva*, es decir a las normas morales que rigen en una sociedad o en un determinado grupo social, en cierto momento. Esto es así cuando estas son reconocidas por la gran mayoría de los individuos y son asimismo la expresión de sus auténticas convicciones.[47] La moral positiva puede definirse como las "reglas y principios morales relativos al trato entre nosotros y la valoración de bienes sociales, ampliamente aceptados en una sociedad determinada". La moral crítica, por el contrario, se refiere a "reglas y principios morales mejor sustentados por argumentación racional".[48]

En segundo lugar, reconocer el rol del consenso en el "juicio moral" no significa aceptar que se pueda derivar el "deber ser" del "ser" ni que se pueda decidir qué es lo moralmente correcto a través de la votación.[49]

Sobre este último punto cabe la siguiente aclaración. La posibilidad de determinar la incorrección moral implica aceptar que la sociedad tiene la capacidad para lograr un consenso *elemental* o *básico* sobre el estatus moral de numerosas clases de conductas.[50] De hecho, es difícil pensar en algún tipo penal —fundamentalmente, de los que forman parte del derecho penal nuclear— que no refleje las convicciones morales más arraigadas de esa sociedad.[51] Incluso, la manera más plausible de explicar ciertos tipos penales es mediante la sugerencia de que representan una violación de normas morales que forman parte de un *consenso social mínimo*[52] y que una sociedad determinada valora como fundantes. P. ej., el modo más plausible de explicar por qué las conductas prohibidas por el § 166 StGB[53] perturban la paz pública allí protegida, es

[47] BIRNBACHER, *Analytische Einführung in die Ethik*, 3.ª ed., Berlín/Boston, De Gruyter, 2013, p. 8.
[48] GREEN, *supra* nota 11, p. 47, nota n.º 63.
[49] GREEN, *supra* nota 11, pp. 46 s.
[50] GREEN, *supra* nota 11, p. 47.
[51] Veáse al respecto GREEN, *supra* nota 11, p. 45.
[52] STRATENWERTH, *supra* nota 38, pp. 389 s.
[53] "§ 166. Ultrajes a la confesión, a sociedades religiosas y a asociaciones ideológicas (1) Quien públicamente o por medio de la difusión de publicaciones (§ 11 inc. 3) ultraje el contenido de credos religiosos o de cosmovisiones del mundo ajenas, de modo apto para perturbar la paz pública, será castigado con pena privativa de la libertad de hasta tres años o con multa. (2) La misma pena se aplicará a quien públicamente o por medio de la divulgación de publicaciones (§ 11 inc. 3) ultraje a una iglesia existente en el país u otra sociedad religiosa o asociación ideológica, ultraje sus instalaciones o costumbres de modo apropiado para perturbar la paz pública".

sostener que "aquellas contradicen normas que nuestra sociedad pluralista […] valora como vinculantes".[54]

Esto significa que hay determinados comportamientos que *indudablemente* son reprochados por la absoluta mayoría en nuestra sociedad. Y para poder afirmar esto, no es necesario recurrir a una votación sobre qué se considera moralmente correcto o incorrecto. Al respecto, señala GREEN que: "casi toda persona civilizada tiene alguna comprensión rudimentaria respecto de que es moralmente incorrecto […] mentir, engañar, robar, coaccionar, explotar, romper promesas y similares".[55] Estas clases de conducta son denominadas *mala in se*, puesto que lesionan las normas morales más elementales que rigen en una sociedad y, por ello, muy probablemente no perderían el carácter de reprochables aun cuando el derecho positivo no las prohibiera.[56] Quien deseara sostener lo contrario —esto es, que no puede afirmarse que existe un consenso social sobre esto— tendrá la carga argumentativa y deberá demostrar por qué ello no es así.[57]

En tercer lugar, debe tenerse en cuenta que las valoraciones sociales son dinámicas, esto es, que pueden modificarse con el trascurso del tiempo. Así, lo que una generación consideraba "incorrecto" puede ser valorado por otra como "correcto"[58] o viceversa. P. ej., en Alemania la homosexualidad entre personas de sexo masculino estuvo penalmente prohibida[59] hasta la década del setenta del siglo pasado. Tal como explican FRISCH y STRATENWERTH, la descriminalización de la homosexualidad se debió a modificaciones sustantivas en las valoraciones morales de los miembros de esa sociedad, que dejaron de considerar a las prácticas homosexuales como inmorales. Este cambio fue, de hecho, tenido en cuenta por el legislador penal alemán para decidir

[54] STRATENWERTH, *supra* nota 38, p. 386.
[55] GREEN, *supra* nota 11, p. 45.
[56] En este sentido, explica GREEN que: "Casi todos los doctrinarios del derecho penal están de acuerdo en que la razón por la cual las personas generalmente no se matan y violan entre sí, es que creen que el homicidio y la violación son moralmente incorrectos y temen la desaprobación que sufrirían por parte de sus conciudadanos si se comportaran de esa manera" (GREEN, *supra* nota 42, p. 224). Por el contrario, la incorrección moral en las conductas *mala prohibita* es menos clara, pues su desvalor no consiste en la violación de normas morales fundamentales. Esto es así, ya que no son conductas incorrectas independiente o previamente a su criminalización, sino que la incorrección de esas conductas depende únicamente de su prohibición legal. (Véase: DUFF, *Answering for Crime – Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, pp. 47 y 89).
[57] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 91.
[58] GREEN, *supra* nota 11, p. 47.
[59] Por el § 175 StGB.

que esa clase de conducta debía ser descriminalizada.[60] Es decir, en esta descriminalización el concepto de bien jurídico poco tuvo que ver. Y dado que durante la vigencia de la prohibición penal raramente se admitió la existencia de la lesión a un bien jurídico[61], puede concluirse que este concepto tampoco fue relevante en la decisión de criminalización.

En cuarto lugar, la relación entre el consenso social y el derecho penal no implica aceptar que *siempre* será posible alcanzar tal consenso y tampoco que una prohibición penal será ilegítima si no se lo logra.[62]

Por otro lado, se ha sostenido que hay una imposibilidad empírica de "medir" dicho consenso social —o, por lo menos, sería sumamente complicado—.[63] Según HÖRNLE, por un lado, el legislador debería preocuparse por conseguir datos confiables y actuales, debido a la variabilidad de las convicciones morales; y, por otro lado, sería dudoso que investigaciones sociales arrojaran resultados fiables.[64] Esta crítica es, en principio, pertinente. Sin embargo, como se dijo más arriba, lo relevante aquí es un consenso elemental sobre normas morales muy enraizadas cultural o socialmente. De allí que no sea necesario recurrir a estudios empíricos para afirmar su vigencia. Por lo tanto, nuevamente, "el que afirme lo contrario o lo ponga en duda es quien debería asumir la carga de la prueba".[65]

La determinación de la incorrección moral puede ser entendida, entonces, como un ejercicio de teoría moral descriptiva, más que como justificación —desde un punto de vista normativo— de *por qué* debemos abstenernos de mentir, robar o estafar, p. ej.[66] De los diversos problemas que existen respecto de la relación entre derecho y moral, este ejercicio puede ser entendido como uno de índole sociológica, vinculado con las influencias recíprocas entre el contenido de la

---

[60] FRISCH, "Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens", en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos, 2003, p. 218; STRATENWERTH, *supra* nota 38, pp. 389 s.
[61] KÜHL, "Strafrecht und Naturrecht – Strafrecht und Moral", en *FS-Rengier*, Múnich, C.H. Beck, 2018, p. 569.
[62] GREEN, *supra* nota 11, p. 47.
[63] Véase, al respecto: HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten – Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2005, pp. 57 s.; HOFSTÄTTER, "Strafe und Vorwerfbarkeit in sozialpsychologischer Sicht", en BAUER/BÜRGER-PRINZ/GIESE/JÄGER (eds.), *Sexualität und Verbrechen – Beiträge zur Strafrechtsreform*, Frankfurt am Main/Hamburg, Fischer Bücherei, 1963, p. 123.
[64] HÖRNLE, *supra* nota 63, pp. 57 s.
[65] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 91, nota n.º 55. Aquí el autor explica que, de todas formas, sí es posible encontrar abordajes empíricos rigurosos sobre, p. ej., el problema de la moral tributaria y cita las referencias pertinentes.
[66] Cfr. GREEN, *supra* nota 11, p. 4.

legislación y las ideas y las pautas morales.[67] Es decir: "se tratará de una discusión fáctica limitada a la *moral positiva*".[68]

2. Punto de vista de la moral positiva

La afirmación de que el análisis de la incorrección moral de una clase de conducta debe limitarse al propio de la moral positiva —y no de la moral crítica— debe ser justificada. Al respecto, entiendo que asumir el punto de vista de la moral crítica resulta problemático pues implica comprometerse con una determinada posición metaética,[69] a saber, con alguna clase de cognitivismo (meta)ético[70] según el cual es posible argumentar racionalmente sobre cuestiones morales. Los cognitivistas entienden que "la verdad o falsedad de los juicios morales es asequible al conocimiento humano",[71] es decir, que se puede "erigir una pretensión de verdad"[72] respecto de las proposiciones del lenguaje moral. Por el contrario, el no-cognitivismo sostiene, básicamente, "que nuestros juicios morales en realidad no son enunciados que pretenden ser verdaderos o falsos en ningún sentido sustantivo. Carecen de condiciones de verdad".[73]

Adoptar el punto de vista de la moral positiva, en cambio, no implica comprometerse con ninguna concepción metaética.[74] Es decir, no es necesario ser cognitivista para sostener que, en

[67] Cfr. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal – Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 271.
[68] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 87.
[69] Las teorías metaéticas se diferencian de las éticas. La ética (normativa) se ocupa de debatir acerca de lo correcto moralmente (o de lo bueno). Son teorías éticas, p. ej., el deontologismo y el consecuencialismo. La metaética, a diferencia de la ética, "[n]o está intentando establecer qué cursos de acción son correctos o deben promoverse, y por tanto no se está intentando responder a preguntas como '¿es moralmente aceptable el aborto?' […] Se trata, más bien, de una investigación *acerca* de las respuestas a esas preguntas" (SÁNCHEZ BRÍGIDO, "El problema moral: análisis conceptual y retorno al racionalismo". Disponible en: https://www.academia.edu/36715792/El_problema_moral_Analisis_conceptual_y_retorno_al_racionalismo [enlace verificado el día 22 de mayo de 2019]). La metaética no debate sobre lo bueno, sino que tiene a la ética (o a la moral) misma como objeto. Es decir, no se ocupa de la pregunta de qué se debe hacer, cómo deben comportarse las personas o qué comportamientos son correctos o incorrectos, etc. Todas estas respuestas se refieren a preguntas de contenido moral y, por lo tanto, pertenecen al discurso de *primer orden*. Dado que la metaética presupone la existencia de ese discurso, se trata de un discurso de *segundo orden* y, por ello, "metaética" y "ética de segundo orden" son utilizados como sinónimos (GREWENDORF/MEGGLE, "Zur Struktur des metaethischen Diskurses", en *Seminar: Sprache und Ethik – Zur Entwicklung der Metaethik*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1974, p. 7).
[70] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 88.
[71] BIRNBACHER, *supra* nota 47, p. 382.
[72] RICKEN, *Allgemeine Ethik*, 5.ª ed., Stuttgart, Kohlhammer, 2013, p. 59.
[73] SÁNCHEZ BRÍGIDO, *supra* nota 69.
[74] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 86.

una sociedad "S", la clase de conducta "C" es valorada como moralmente incorrecta.[75] En otras palabras, para aceptar que en una sociedad rigen, de hecho, determinadas normas morales, basta con no ser escéptico de segundo orden, pero no importa ser uno de primer orden.[76]

Ahora bien, hasta ahora no se ha explicado por qué es problemático adoptar un compromiso con algún tipo de cognitivismo en el análisis de la incorrección moral. Tal como explica PÉREZ BARBERÁ, esto puede ser respondido mediante el principio democrático: si se pretende que la discusión acerca de la incorrección moral sea genuinamente democrática, deben poder participar *todos*,[77] independientemente de sus convicciones metaéticas.

3. Perspectiva deontológica

El análisis de la incorrección moral valora una conducta desde una perspectiva deontológica —o no consecuencialista—, según la cual lo que la define como incorrecta es su contradicción *intrínseca* con una norma moral autónoma y no sus consecuencias.[78] Al respecto, señala GREEN: "[e]l enfoque de incorrección que adoptaré es principalmente no consecuencialista, o deontológico, en su orientación. Bajo este enfoque, lo que hace a una acción incorrecta es alguna violación intrínseca de una regla o deber autónomo y no las consecuencias de la acción".[79]

---

[75] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 87.

[76] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 87. En este punto, cabe aclarar que los planteamientos de primero y segundo orden son, tal como explica MACKIE, no solo distintos sino también completamente independientes. Un escéptico de primer orden no es necesariamente uno de segundo orden y viceversa. Esto significa que las posiciones metaéticas —o éticas de segundo orden— de alguien, no afectan sus posiciones de primer orden. Al respecto, explica el autor que: "Una persona puede tener fuertes puntos de vista morales e incluso de contenido totalmente convencional y, al mismo tiempo, creer que se trata simplemente de actitudes y disposiciones prudentes vinculadas a la conducta que ella misma y otras personas observan. A la inversa, una persona puede rechazar toda moral establecida y, al mismo tiempo, creer que la existencia del mal o la corrupción es una verdad objetiva", MACKIE, *Ethics. Inventing right and wrong*, Penguin Books, 1979 [1977], p. 16.

[77] Al respecto, es fundamental el modelo de la democracia deliberativa. Véase: NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997; HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992; GARGARELLA, "La constitución de la democracia deliberativa según Carlos Nino", en *Revista de la Universidad de Palermo*, año 3, n.º 1, 1998; sobre los presupuestos normativos de la democracia deliberativa: OLIVARES, "Un enfoque sistémico de la democracia deliberativa", en *Revista de la Facultad de Derecho (Universidad Nacional de Córdoba)*, vol. 4, n.º 2, 2013.

[78] GREEN, *supra* nota 11, p. 39.

[79] GREEN, *supra* nota 11, p. 39.

Por ello, sería un error entenderla como una cuestión de política criminal, puesto que las razones de esa índole tienen que ver más con argumentos consecuencialistas, vinculados a la conveniencia o no de criminalizar cierto comportamiento.[80]

V. La autonomía de la incorrección moral respecto del daño

Adoptar una perspectiva deontológica respecto de la incorrección moral tiene como consecuencia que esta y el daño deban ser entendidos como dos requisitos autónomos e independientes de legitimidad de la criminalización estatal.[81] En otras palabras, significa que las razones vinculadas al daño son diferentes e independientes de las vinculadas a la incorrección moral, de modo que de las primeras no pueden derivarse conclusiones respecto de las segundas.[82]

PÉREZ BARBERÁ señala al respecto, por un lado, que de la ausencia (o presencia) de daño no debe derivarse ninguna conclusión sobre la corrección (o incorrección) moral de una clase de conducta, porque una conducta que no causa daño puede ser inmoral, por razones deontológicas que la hagan intrínsecamente incorrecta.[83] Y, por el otro, que el daño solo puede ser reputado como una consecuencia inmoral si la conducta que causó es intrínsecamente inmoral, es decir, si es moralmente incorrecta por razones deontológicas independientes del daño.[84]

La primera afirmación implica asumir que de la ausencia de daño no se sigue necesariamente la corrección moral de una conducta, pues esta puede ser intrínsecamente inmoral por razones deontológicas. P. ej.: el § 17 de la Ley de Protección de Animales alemana (*Tierschutzgesetz*) prevé el tipo penal de la tortura animal, que criminaliza la conducta de quien mate a un animal vertebrado sin un motivo razonable, le inflija dolores con brutalidad o padecimientos considerables. Si se entiende al bien jurídico como un interés humano que pertenece a un individuo o a la comunidad, el caso analizado queda fuera de este concepto.[85] Entonces, si no puede afirmarse la existencia de un bien jurídico tal como el dolor o el sufrimiento animal en sí mismo, mucho menos puede hablarse de una lesión a un bien jurídico (que no existe) y, por lo tanto, esta debe excluirse. Sin embargo, la tortura animal puede ser entendida como una clase de

[80] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 73.
[81] RUSCA, *supra* nota 8, p. 88.
[82] PÉREZ BARBERÁ, "Besprechung der iberoamerikanischen Festschrift für Bernd Schünemann – insbesondere mit Blick auf den Wissenschaftsdialog", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2016, p. 346.
[83] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 77.
[84] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 77.
[85] GRECO, *supra* nota 37, p. 108.

conducta valorada socialmente como moralmente incorrecta, dado que implica provocarle sufrimientos crueles a un animal.

Ahora bien, asumir esa primera afirmación de PÉREZ BARBERÁ implica también aceptar que una conducta dañina puede, a pesar de ello, ser en sí misma moralmente correcta. Aquí cabe mencionar el ejemplo de la legítima defensa.[86] Quien se defiende (o lo hace respecto de un tercero) de una agresión ilegítima, a través de un medio apto y razonable para impedir el ataque, no actúa de manera antijurídica.[87]

La conducta de una persona que, en ejercicio de la legítima defensa, causa un daño a otro se valora, ya por razones deontológicas, como intrínsecamente correcta, pues está bien protegerse (o hacerlo respecto de un tercero) frente a una agresión ilegítima.[88] Al respecto, explica GREEN: "si X mata a Y en legítima defensa propia o de terceros, diríamos nuevamente que Y ha sido dañado sin ser ofendido [*wronged*], dado que nadie puede ser ofendido por una acción justificada. Y dado que la acción de X no era incorrecta, él no será responsable de homicidio".[89]

Cuando el legislador decide criminalizar una clase de conducta valora los daños *prima facie*, esto es, los daños que puede causar *en general* o en abstracto, con independencia de que, por las circunstancias del caso particular, la conducta en concreto pueda resultar no punible.[90] La decisión de no criminalizar una clase de comportamientos, por su parte, también se basa en razones *prima facie*, es decir, con independencia de las circunstancias del caso individual.[91] Al tener en cuenta estas razones, el legislador penal puede valorar una causación de un daño como legítima defensa, estado de necesidad, etcétera y decide, por ello, no criminalizar esa clase de conducta. Y lo hace porque la clase de conducta en abstracto —aunque obviamente dañosa— no se reputa en sí misma como inmoral y, por lo tanto, está justificada o exculpada.[92] Pues, cuando una persona mata a otra en legítima defensa, no se cree que se ha comportado disvaliosomente. Más bien se piensa que está en su derecho de hacerlo.[93] En este sentido, GREWENDORF y MEGGLE explican que "[n]uestras convicciones de que ellos estén en su derecho muestra claramente que utilizamos la regla 'No

[86] GREEN, *supra* nota 11, p. 40; PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 79.
[87] BACIGALUPO, *Manual de Derecho Penal – Parte General*, Santa Fe de Bogotá, TEMIS, 1996, pp. 122 ss.
[88] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 79.
[89] GREEN, *supra* nota 11, p. 40.
[90] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 80.
[91] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 80.
[92] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 81.
[93] GREWENDORF/MEGGLE, *supra* nota 69, p. 296.

matar nunca a otro', en la medida que remita a una u otra excepción legítima. Con ello […] se muestra que consideramos matar *prima facie* como incorrecto, como incorrecto siempre que se den idénticas condiciones, como incorrecto siempre que no haya circunstancias especiales de justificación".[94]

La valoración de esas circunstancias especiales como razones *prima facie* por parte del legislador, puede ser explicada mediante el siguiente ejemplo. La colisión de deberes es, según la opinión mayoritaria, una causa de justificación.[95] Lo que se denomina clásicamente como una situación de colisión de deberes consiste en "[e]l conflicto entre deberes aisladamente legítimos, pero de imposible satisfacción cumulativa".[96] En estos supuestos, el incumplimiento de uno de los deberes se encuentra justificado, pues el legislador entiende que no es moralmente incorrecto que el autor no satisfaga alguno de los dos deberes. Dado que el agente no puede fácticamente satisfacer los dos al mismo tiempo, el incumplimiento de uno no es valorado como inmoral. En otras palabras: para incumplir un deber —de manera no justificada— al autor le debe ser *posible* satisfacer ese deber. Esto se sigue del principio kantiano según el cual "debe" implica "puede" (en sentido de posibilidad), es decir nadie está obligado a hacer lo imposible.[97]

En definitiva, si bien es cierto que habitualmente se considera inmoral a lo que causa un daño, "de ello no se sigue que todo daño es inmoral. Hay daños que no son inmorales, del mismo modo que […] hay inmoralidades que no causan daño".[98]

---

[94] GREWENDORF/MEGGLE, *supra* nota 69, p. 296.

[95] Parte de la doctrina entiende, sin embargo, que se trata de un instituto de exclusión del injusto penal, es decir, que lo que se excluye es el ilícito total, incluida la tipicidad. Véase, al respecto COCA VILA, "La colisión 'deficitaria' de deberes. Consideraciones sobre la exclusión del injusto omisivo en ejecución de actos de salvamento supererogatorios", en *En Letra: Derecho Penal*, año IV, n.º 6, 2018; VERDE, "'La colisión de deberes en derecho penal' de Ivó Coca Vila. ¿Disolución de colisiones de deberes jurídicos?", en *En Letra: Derecho Penal*, año IV, n.º 6, 2018.

[96] COCA VILA, *supra* nota 95, p. 60. Este autor ha propuesto recientemente una revisión del concepto y del fundamento de la solución de la colisión de deberes jurídico-penales (VERDE, *supra* nota 95, p. 255). Así, entiende que, en realidad, "no se trata de un conflicto de deberes, entendidos estos como formas obligacionales perfectas y vinculantes, sino más bien de un mero conflicto entre razones de obligación no obligantes" (COCA VILA, *supra* nota 95, p. 60). En este sentido, coincide con los autores que sostienen que "todas las colisiones de deberes son aparentes o que, directamente, no existen auténticas colisiones de deberes" (COCA VILA, *supra* nota 95, p. 61). Por ello, entiende que "en realidad, el obligado por dos o más deberes de cumplimiento excluyente, respecto de aquellos que no cumple (o infringe) —y siempre que satisfaga el que corresponde cumplir (es decir: el de rango superior o equivalente que elija)—, no infringirá ningún deber penal auténtico" (VERDE, *supra* nota 95, p. 258).

[97] COCA VILA, *supra* nota 95; VERDE, *supra* nota 95.

[98] VERDE, *supra* nota 39.

De lo dicho anteriormente se sigue, entonces, que, aunque incorrección moral y daño frecuentemente se superponen, se trata de conceptos analíticamente distintos.[99] La causación de un daño será incorrecta solo en la medida en que el comportamiento sea, desde una perspectiva deontológica, moralmente incorrecto.[100]

VI. Incorrección moral y análisis descriptivos

En lo que sigue, se efectuarán algunas consideraciones sobre el rol de la incorrección moral (como requisito de legitimidad de la criminalización) en la tarea interpretativa, particularmente en los análisis de la parte especial del derecho penal.

Los análisis descriptivos dentro del derecho penal son aquellos "que se ocupan de explicar con precisión en qué consiste una determinada conducta, qué tipo de relación existe entre conducta y daño, qué es lo que permite reprochar a alguien por un daño y qué es lo que determina que un daño sea, o no, una consecuencia desaprobable".[101]

Diferenciar daño e incorrección moral es posible y *útil*. Son justamente las distinciones que se hacen en el plano de la incorrección moral las que permiten hacer distinciones relevantes para la parte especial del derecho penal. Es decir, diferenciar cuál es el componente moral de los delitos permite establecer distinciones conceptuales entre estos y permite, también, hacerlo respecto de su gravedad. A partir de ello, se pueden hacer juicios de valor con relación a la escala penal y analizar, p. ej., si es correcto que en la Argentina el peculado tenga una escala penal más alta que la administración infiel.[102]

El papel de la incorrección moral en los análisis descriptivos en el derecho penal puede ilustrarse con algunos ejemplos:[103]

[99] GREEN, *supra* nota 11, p. 39.
[100] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 82.
[101] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 83.
[102] Este problema es analizado por PÉREZ BARBERÁ en "Corruption as Disloyalty?", en ZIMMERMANN (ed.), *Criminal Liability of Political Decision-Makers*, Cham (Suiza), Springer, 2017, pp. 315 ss.
[103] En lo que sigue, me ocuparé de la específica incorrección moral presente en algunos delitos. Estos serán entendidos como "tipologías delictivas", es decir como clases de conducta en abstracto y con independencia de un derecho positivo concreto. Véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 70.

a) La forma más plausible de distinguir el homicidio a petición del homicidio simple es en el nivel de la incorrección moral. Según la opinión mayoritaria en la doctrina alemana, el primer tipo penal es un tipo privilegiado en relación con el segundo,[104] que se configura cuando una persona, determinada por la expresa y seria petición de otro a matarlo, lo hace. Ahora bien, orientados exclusivamente por el daño causado, no existiría ninguna diferencia entre esa forma de homicidio y el homicidio simple, porque en ambos casos se ocasiona la muerte a una persona (el daño). Sin embargo, en el homicidio a petición, el legislador ha considerado razones *prima facie* para valorar la conducta dañosa de quien mata en estas condiciones como moralmente "menos" incorrecta que la conducta de quien mata sin estas. De allí que la escala penal sea considerablemente inferior a la prevista para el primer caso. Es decir, la conducta de quien mata por piedad o compasión es juzgada como moralmente menos disvaliosa que la de quien comete un homicidio simple. Estas circunstancias —como así también el pedido de la víctima— son las razones *prima facie*. Y lo cierto es que se considera la criminalización del homicidio como correcta porque vemos en ello la causación inmoral de la muerte de otro. Pero cuando esa muerte fue expresa y seriamente solicitada por la víctima y, además, el autor actuó por piedad o compasión, entonces, ya no se valora esa conducta como "tan" incorrecta.

b) Dado que el anterior ejemplo puede resultar problemático, quizás sea conveniente mencionar algún otro en el marco de los delitos contra el patrimonio. Al respecto, RUSCA señala que idéntico daño patrimonial puede causarse mediante un engaño —por medio del cual la víctima dispone libremente de su patrimonio— que a través de la ruptura de un contrato patrimonial. Sin embargo, solo habrá estafa en el primer supuesto, pues hay algo moralmente incorrecto en engañar a otro (para apropiarse de su patrimonio) que no está presente en una simple ruptura contractual.[105] Y precisamente en ello radica la específica incorrección moral del delito de estafa.[106] Se considera legítima su criminalización porque se la entiende como la causación inmoral de un daño, ya que engañar a otro está mal. Por lo tanto, se prevé un tipo penal que impone un "estigma" especial para reprochar una conducta con una particular forma de inmoralidad.[107]

[104] KINDHÄUSER, "§ 216", en NK StGB, 7.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017, n.º m. 1.
[105] RUSCA, *supra* nota 8, pp. 87 s.
[106] RUSCA, *supra* nota 8, pp. 87 s.
[107] RUSCA, *supra* nota 8, p. 89.

c) Otro ejemplo que puede resultar clarificador es el de la administración desleal. En términos muy generales, existe administración desleal o infiel cuando una persona, violando su deber de custodia patrimonial, genera un daño al patrimonio confiado.

Existen diversas formas de dañar el patrimonio ajeno. La particularidad en la administración infiel es que el comportamiento del autor implica una conducta *desleal*.

La lealtad presupone la existencia de un deber que es violado[108], que en este delito está dado por el deber de custodia patrimonial. Pero no se trata aquí de cualquier lealtad, sino de una "especial", es decir, la persona obligada debe tener determinada posición y determinados deberes que surgen de esa posición (deberes posicionales).[109] Y es que la administración infiel implica un "dañar desde adentro".[110] Es decir, no cualquiera puede ser sujeto activo de este delito, sino únicamente quien tiene a su cargo un deber de custodia patrimonial y que, mediante su violación, causa un daño de esa índole. Es por ello que el administrador debe ser entendido como un *insider*[111] y, por lo tanto, su conducta debe ser distinguida de otras que, si bien generan daño patrimonial, no lo hacen desde esa posición.

Lo que distingue a este delito de otros contra el patrimonio es el componente de lealtad. Asimismo, la lealtad es siempre relacional y parcial.[112] En la administración infiel, la relación está fundada normalmente en la ley, contrato o relación de confianza; y la parcialidad en que el administrador debe responder a los intereses del titular del patrimonio. Es decir, la lealtad crea un deber de actuar "en el mejor interés" de esa persona, incluso cuando ello vaya en contra de un interés propio.[113]

[108] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 102.
[109] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 102.
[110] KINDHÄUSER, "Pflichtverletzung und Schadenszurechnung bei der Untreue (§ 266 StGB)", en *FS-Lampe*, Berlín, Duncker & Humblot, 2003, p. 710.
[111] Cfr. FLETCHER, *Loyalty – An Essay on the Morality of Relationships*, Nueva York/Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 34.
[112] FLETCHER, *supra* nota 111, pp. 8 y 24.
[113] GREEN, *supra* nota 11, p. 99.

Se le da valor a la lealtad, pues ella define las relaciones humanas más importantes, incluso la propia identidad.[114] Al respecto, FLETCHER señala que, para determinar quién debe ser leal a un país y por qué, hay que preguntarse si ese es *su* país,[115] pues es eso lo que define su identidad.

Una persona satisface su deber de lealtad cuando cumple los deberes que resultan de este.[116] Lealtad, en este contexto, es sinónimo de la relación de cuidado patrimonial que supone este delito, la que, a su vez, implica una relación especial del autor con un patrimonio ajeno.[117] Dado que, entonces, en la administración infiel se trata de la causación *desleal* de un daño patrimonial, puede afirmarse que la incorrección moral es, en este caso, la deslealtad,[118] entendida como "la búsqueda de alternativas que socavan el vínculo principal".[119] Esta consiste, aquí, en que el sujeto a quien se le confió el cuidado del patrimonio utiliza indebidamente su poder para dañarlo; es decir, él daña el patrimonio que tiene "a su merced".[120]

En conclusión, incorporar el análisis de la incorrección moral en el discurso de legitimidad de la criminalización ayuda, también, a introducir distinciones conceptuales relevantes para la parte especial y a determinar si las escalas penales fijadas por el legislador —en función de la gravedad de las clases de conductas prohibidas— son correctas.

VII. Los límites del principio del daño

El dogma liberal aceptado mayoritariamente según el cual el derecho penal solo debe intervenir frente a lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos o cuando haya un daño a terceros, parece ser considerado una razón legítima para criminalizar comportamientos. Por el contrario, la afirmación de que una clase de conducta que *solo* lesione normas morales elementales de una comunidad (pero no cause daño) puede ser penalizada, es rechazada con insistencia. Al respecto, surge la pregunta de quién podría aceptar algo como esto y se sostiene que "el derecho penal no debe ser utilizado para castigar meras inmoralidades".

[114] GREEN, *supra* nota 11, p. 99.
[115] FLETCHER, *supra* nota 111, pp. 52 ss.
[116] LABSCH, *Untreue (§ 266 StGB): Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Deutung*, Lübeck, Schmidt-Römhild, 1983, p. 132.
[117] ROJAS, "El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán", en *Revista Penal*, n.º 23, 2009, p. 140.
[118] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 102.
[119] GREEN, *supra* nota 11, p. 101.
[120] KINDHÄUSER, "§ 266", en *supra* nota 104, n.º m. 10.

Los argumentos del daño han triunfado sobre los de la incorrección moral. En Estados Unidos, p. ej., desde la década de 1980 los debates sobre la criminalización de comportamientos asociados normalmente a inmoralidades han sido dominados por los argumentos basados en el daño.[121] Así, la justificación de normas penales contra "la prostitución y la pornografía […] el merodeo y el consumo de estupefacientes […] las conductas homosexuales y heterosexuales"[122] se ha basado en el (supuesto) daño causado por esas conductas y no en su incorrección moral. Mientras que, tiempos atrás, las fracciones conservadoras solían acudir a argumentos del moralismo jurídico, ahora han abandonado este recurso y argumentan desde el principio del daño, el que ha sufrido así una alteración ideológica desde su origen progresista.[123]

La hegemonía del principio del daño —y del concepto de bien jurídico— en el discurso legitimador de la criminalización presenta algunos problemas que se expondrán a continuación.

1. El "peso" del daño

La hegemonía referida hace que la discusión se concentre, exclusivamente, en la *dimensión* del daño, es decir, en qué daño es peor. Sin embargo, el principio del daño no brinda ningún parámetro para resolver esto, es decir, para determinar cómo debe ponderarse su magnitud.[124] Cuando el requisito del daño no trivial (*non trivial harm*) está satisfecho, el principio del daño ha agotado su objetivo.[125]

2. Confusión entre ambas exigencias

Algunos autores han pretendido ampliar el alcance originario del principio del daño[126] en aras de abarcar de esta forma argumentos que se refieren, en realidad, a la incorrección moral de las conductas.

---

[121] Véase al respecto HARCOURT, "The collapse of the harm principle", en *Journal of criminal law and criminology*, vol. 90, art. 3, 1999.
[122] HARCOURT, *supra* nota 121, p. 110.
[123] HARCOURT, *supra* nota 121, p. 119.
[124] Al respecto, HARCOURT sostiene que "[e]l principio del daño originario nunca fue equipado para determinar la importancia relativa de los daños. […] No dice nada respecto de cómo sopesar, ponderar o juzgar los daños […] debemos mirar más allá del principio del daño originario y del debate tradicional sobre la imposición legal de la moral." (HARCOURT, *supra* nota 121, p. 193.
[125] HARCOURT, *supra* nota 121, p. 120.
[126] AMBOS, *supra* nota 7, p. 354.

Al respecto, PÉREZ BARBERÁ señala que "Feinberg es el ejemplo paradigmático de quien busca capturar la problemática de la incorrección moral a partir del principio del daño".[127] En efecto, FEINBERG propone un "concepto normativo de daño" y entiende que para que pueda afirmarse el daño jurídicamente relevante, primero debe haber una "postergación de los intereses" (*setback to interests*) de otra persona y, segundo, este debe ser "injusto" (*wrong*).[128] Sin embargo, como señala VERDE, el concepto normativo de daño presenta los mismos problemas que los "conceptos normativos de acción" propuestos por la doctrina alemana.[129] Sostiene que tanto "daño" como "acción" son conceptos del mundo ontológico y que, por lo tanto, basta determinar en ese plano si el daño o la acción existieron. Pero si ese daño o esa acción son relevantes para el derecho penal o presentan alguna cualidad por la cual deban ser prohibidos penalmente, "es una cuestión valorativa que se decide en función de razones normativas".[130] Es decir, la idea de daño es puramente fáctica y si se considera un daño como ilícito es por alguna razón normativa independiente de su existencia en sí.[131] Así, explica la autora que si el daño "es moralmente reprochable o ilícito es porque así lo determina el sistema normativo de referencia; pero si ese daño no es ilícito, o no es inmoral, de todas formas, será daño".[132]

Esta ampliación del principio del daño lo termina hipertrofiando y deriva en una "pérdida de claridad analítica"[133] y, consecuentemente, en la confusión entre ambos presupuestos. De allí que sea preferible una separación estricta entre el daño —como lesión o menoscabo fáctico—[134] y la incorrección moral de la clase de conducta que genera ese daño.

Distinguir entre daño e incorrección moral no solo es necesario en pos de alcanzar claridad conceptual y analítica, sino que también es relevante para evitar consecuencias prácticas indeseables, como p. ej. ocurre en los debates estadounidenses sobre el abuso sexual infantil. Allí, la medida de la incorrección moral de esa clase de conducta ha sido determinada en función del daño causado y no de la inmoralidad de la conducta en sí misma.[135] En otras palabras, en este

[127] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 72,
[128] FEINBERG, *supra* nota 1, p. 36
[129] VERDE, *supra* nota 39.
[130] VERDE, *supra* nota 39.
[131] VERDE, *supra* nota 39.
[132] VERDE, *supra* nota 39.
[133] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 83.
[134] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 82.
[135] WOODIWISS, "Beyond a single story – the importance of separating 'harm' from 'wrongfulness' and 'sexual innocence' from 'childhood' in contemporary narratives of childhood sexual abuse", en *Sexualities*, vol. 17 (1&2), 2014, p. 5.

contexto, "es la historia del daño o la narrativa del perjuicio lo que ha llegado a dominar el relato contemporáneo".[136] El problema de que las consecuencias de esta clase de conducta sean tenidas como la medida de su incorrección, sostiene WOODIWISS, dificulta el reconocimiento de la existencia del abuso cuando la víctima no presenta signos evidentes de daño.[137] Así, puede considerarse que, dado que ella no experimentó efectos devastadores tras el abuso, entonces el abuso no es algo que está *mal*.[138] Esto podría llevar a considerar al abuso como incorrecto, únicamente cuando la persona abusada sí presente signos de daño (y, por lo tanto, sea "incapaz de lidiar con el abuso").[139] Pero enfocarse en si a la víctima "le está yendo 'bien' o 'mal'", puede derivar en una forma de culpabilizarla, en la cual ella sería responsable del daño causado por no poder lidiar con el abuso.[140]

3. Pérdida de la función crítica

El concepto de bien jurídico posee dos sentidos. En la terminología de HASSEMER, este puede tener una función inmanente o trascendente al sistema. La primera se define como la suma de los objetos de protección dentro del código penal, mientras que la segunda se refiere al uso de este concepto como instrumento de valoración y crítica de esos objetos de protección.[141] En otros términos, también se distingue entre concepto dogmático y concepto político-criminal de bien jurídico. El primero es, simplemente, el interés protegido por una norma del derecho positivo: en este sentido, toda norma protege un interés. El segundo tiene una función crítica y la tarea de restringir el poder del legislador para criminalizar.[142] Por ello, en materia de legitimidad de la criminalización —es decir, cuando se discuten los límites del poder estatal de prohibir penalmente algo— interesa ese último concepto.

Ahora bien, la hipertrofia del principio del daño —y de bien jurídico— genera una pérdida de esa capacidad crítica. Si se lo vacía de contenido, de modo que todo —o casi todo— puede ser

[136] WOODIWISS, *supra* nota 135, p. 16.
[137] WOODIWISS, *supra* nota 135, p. 17.
[138] WOODIWISS, *supra* nota 135, p. 11. Creo que esto es, precisamente, a lo que se refieren GARDNER y SHUTE cuando afirman que "centrarse exclusivamente en los daños tiende a ocultar la incorrección del acto mismo" (GARDNER/SHUTE, "The Wrongness of Rape", en GARDNER, *Offences and Defences – Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2007, p. 5).
[139] WOODIWISS, *supra* nota 135, p. 13.
[140] WOODIWISS, *supra* nota 135, p. 13.
[141] HASSEMER, *Theorie und Soziologie*, Frankfurt, Athenäum, 1973, p. 19.
[142] GRECO, *supra* nota 37, pp. 92 s.

daño (o lo que es lo mismo, si todo —o casi todo— puede ser considerado un bien jurídico), entonces todo —o casi todo— puede ser legítimamente criminalizado. Pérdida de significado y posibilidad de manipulación son dos caras de la misma moneda.[143] El requisito del daño perdería su carácter crítico y sería así una simple idealización. Y si todo puede ser criminalizable, "el derecho penal pasa a ser *prima* o *sola ratio* en lugar de *ultima ratio*: cuando haya un problema considerable, el legislador penal pondrá a disposición de inmediato el derecho penal".[144] En otras palabras: el precio de dilatar el concepto de bien jurídico —o de daño— implica el abandono de cualquier función crítica.[145]

STRATENWERTH explica que en Alemania algunos tipos penales como los de ultrajes a la confesión, sociedades religiosas y asociaciones ideológicas (§ 166 StGB), denigración del recuerdo de difuntos (§ 189 StGB) y de tortura animal (§ 17 TierSchG), hasta ahora han sido tratados como "excepciones" al dogma del bien jurídico.[146] Por su parte, ROXIN considera la protección del embrión,[147] la protección de animales y plantas[148] y la de generaciones futuras[149] como excepciones a la exigencia del bien jurídico como condición necesaria de criminalización. Estas serían criminalizaciones sin bien jurídico,[150] pues "ninguno de estos intereses es pasible de referirse a individuos existentes actualmente y tampoco constituyen condiciones de subsistencia del sistema social actual".[151]

Entiendo que la "salida" de entender estos supuestos como excepciones al dogma del bien jurídico es preferible a extenderlo para poder incorporarlos pues, al menos, se evitan los problemas derivados de la ampliación del concepto de bien jurídico desarrollados más arriba. Sin embargo, la clasificación de estos tipos como "excepciones" es, por lo menos, imprecisa. En este punto, hay dos caminos posibles: o bien estos tipos penales son ilegítimos —por apartarse del

[143] Cfr. GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie – Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlín, Duncker & Humblot, 2009, p. 172.
[144] HASSEMER, "Rechtsphilosophie, Rechtswissenschaft, Rechtspolitik – am Beispiel des Strafrechts", en *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden, Nomos, 2000, p. 80.
[145] GRECO, *supra* nota 37, pp. 108 s.
[146] STRATENWERTH, *supra* nota 38, p. 386.
[147] ROXIN, *supra* nota 5, § 2, n.º m. 52 ss.
[148] ROXIN, *supra* nota 5, § 2, n.º m. 55 s.
[149] ROXIN, *supra* nota 5, § 2, n.º m. 57.
[150] ROXIN, *supra* nota 5, § 2, n.º m. 52 ss.
[151] GRECO, *supra* nota 37, p. 109.

dogma liberal del bien jurídico—[152] o debe aceptarse que este no es suficiente para justificar todas las prohibiciones penales. Por ello, hay indicios para afirmar que, además del daño, existen otras exigencias de legitimidad de la criminalización. Si se acepta esto (es decir, que las prohibiciones penales pueden ser justificadas a través de otro tipo de requisitos), se evitaría la ampliación del concepto de bien jurídico o de daño y, con ello, se evitaría "licuar los conceptos hasta su total desfiguración".[153] Buenas razones independientes al daño podrían, entonces, formularse en la justificación de una disposición normativa penal. Que esas razones no deriven del principio del daño ni del concepto de bien jurídico, no modificaría en absoluto el mandato de justificar lo más racionalmente posible una criminalización. Por otro lado, esta "relativización" de los argumentos de daño no implica necesariamente abandonarlo como requisito necesario de criminalización.[154]

VIII. La concepción dualista de la criminalización

Afirmar que la distinción entre el daño y la incorrección moral es posible y útil y, además, que es problemático considerar al primero como único requisito para criminalizar, no habilita, *per se*, a sostener que la incorrección moral *debe* ser un presupuesto (adicional al daño) de criminalización. Esto requiere de un segundo paso —de carácter normativo— en la argumentación.[155]

La mencionada hegemonía del principio del daño significa que este es un requisito necesario para criminalizar y para la posición mayoritaria es, además, suficiente. Sin embargo —sobre todo en el ámbito angloamericano— algunos autores se han ocupado de analizar el rol de la incorrección moral de clases de conductas como presupuesto de legitimidad de una criminalización. MOORE, p. ej., entiende que es un presupuesto necesario y, además, suficiente de esa criminalización.[156] Otros autores entienden que debe darse junto al daño para poder afirmar que una prohibición penal es legítima, es decir que, si bien es una exigencia necesaria, no es suficiente.[157] VON HIRSCH y SIMESTER, p. ej., sostienen: "Establecer que una acción es incorrecta [...] es indispensable para justificar su prohibición. [...] la incorrección no es suficiente, pero si

[152] FERRANTE explica que se trata aquí de un problema normativo referido al posible carácter exhaustivo del principio del daño, *supra* nota 4, p. 2100.
[153] STRATENWERTH, *supra* nota 38, p. 391.
[154] STRATENWERTH, *supra* nota 38, p. 390.
[155] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, pp. 83 s.
[156] MOORE, *Placing Blame, A Theory of the Criminal Law*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 1997, p. 662.
[157] GREEN, *supra* nota 11, pp. 44 ss.; HUSAK, *supra* nota 2, pp. 65 s.; GARDNER/SHUTE, en *supra* nota 138, pp. 23 ss.; VON HIRSCH/SIMESTER, *Crimes, Harms, and Wrongs – On the Principles of Criminalisation,* Oregon, Hart Publishing, 2011, p. 21; PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, pp. 71 ss.; VERDE, *supra* nota 39.

hay límites a la intervención estatal basados en el daño para regular ofensas [*wrongs*], estos se complementan".[158] Los mismos autores afirman: "Una exclusiva dependencia del daño es propensa a confundir".[159] En similar sentido, GARDNER y SCHUTE señalan que incluso un delito como la violación no puede ser completamente entendido si el foco radica exclusivamente en el daño causado por la conducta.[160] Estos autores afirman explícitamente, entonces, que la incorrección moral, junto con el daño, debe ser una exigencia necesaria de la legitimidad de la criminalización[161] y, por lo tanto, defienden una teoría o posición dualista respecto de esta.

Esta teoría considera la "dañosidad y reprochabilidad como fundamento de la criminalización".[162] Así, entiende que, primero, el comportamiento debe generar algún tipo de daño[163] o lesión a un bien jurídico[164] y, segundo, debe presentar alguna forma de incorrección moral.[165] Al respecto, cabe formular algunas precisiones:

La concepción dualista entiende que tienen que darse ambos conjuntamente, pero incluso cuando ello ocurre, el legislador puede decidir no criminalizar por otras razones (p. ej., por razones consecuencialistas).[166] Asimismo, pueden existir otros requisitos adicionales para criminalizar, pero el daño y la incorrección moral deben estar presentes.

La posición dualista no implica tampoco adoptar la tesis central del moralismo jurídico, según la cual, en términos generales, la prohibición penal de una acción inmoral —por el hecho de ser inmoral— es siempre una razón legítima para criminalizar.[167] FEINBERG entiende que para el moralismo jurídico: "puede estar moralmente legitimado prohibir una conducta sobre la base de

[158] VON HIRSCH/SIMESTER, *supra* nota 157, p. 21.
[159] VON HIRSCH/SIMESTER, *supra* nota 157, p. 21.
[160] GARDNER/SHUTE, *supra* nota 138, pp. 1-32.
[161] Véase, entre otros, GREEN, *supra* nota 11, pp. 44 ss.; HUSAK, *supra* nota 2, pp. 65 s.; GARDNER/SHUTE, *supra* nota 138, pp. 23 ss.
[162] VON HIRSCH, *supra* nota 25, pp. 84 y 89.
[163] Véase sobre todo FEINBERG, *supra* nota 1, p. 11 s.; 128 s. y también FEINBERG, *Harmless Wrongdoing. The Moral Limits of the Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1987, *passim*.
[164] Cfr., p. ej., ROXIN, *supra* nota 5, § 2, n.º m. 2 ss.
[165] Un análisis exhaustivo sobre la incorrección moral de diferentes clases de conducta consideradas como delitos de cuello blanco es realizado por GREEN en su libro *Lying, Cheating, and Stealing*. Referido al delito de cohecho, véase, en la Argentina, RUSCA, *supra* nota 8, pp. 129 ss. Referido a la incorrección moral de los delitos tributarios, consultar PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, pp. 89-102.
[166] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, pp. 92 s., nota n.º 58.
[167] MOORE, *supra* nota 156, pp. 67 ss.

que es inherentemente inmoral, incluso si no causa un daño u ofende al autor o a terceros".[168] Es decir, para el moralismo el Estado estaría autorizado a dictar normas penales para castigar conductas meramente inmorales y, por lo tanto, no dañosas para otros o para sí mismos. Asimismo, si la inmoralidad de una clase de conducta es condición necesaria (y *suficiente*) de legitimidad de una criminalización, la prohibición de los denominados "crímenes sin víctimas" —incluso entre adultos en la esfera privada— estaría justificada.[169] A diferencia de esto, la concepción dualista entiende que junto con la incorrección moral debe darse el requisito del daño para que una prohibición penal sea, en principio, legítima. En este sentido, entiende que "[p]or sí misma, la incorrección no es suficiente [...] incorrección y daño [...] son independientemente necesarios [...] para la imposición legítima de sanciones penales".[170]

Es decir, no se trata de que la moral positiva se constituya como objeto de protección en sí mismo del derecho penal o que el Estado pueda usar su aparato represivo para imponer las convicciones sociales mayoritarias a toda la comunidad.[171] Considerar al daño y a la incorrección moral como requisitos necesarios para la criminalización estatal implica que las inmoralidades privadas no pueden ingresar a la esfera del derecho penal.[172]

---

[168] FEINBERG, *supra* nota 164, pp. xix-xx.

[169] GREEN, *supra* nota 11, p. 43. Sin embargo, debe señalarse que dentro del moralismo jurídico existen matices. Así, MOORE explica que su teoría no debe ser interpretada de modo tal que toda inmoralidad sea considerada un requisito de criminalización. Él entiende más bien que existen otras variables que deben servir de límite del poder de criminalizar del Estado, aun cuando esté presente una inmoralidad. Asimismo, él se distancia de la problemática de la prohibición de determinadas clases de comportamientos sexuales y señala que: "la moralidad es indiferente respecto de las prácticas sexuales" (MOORE, *supra* nota 156, pp. 173 y 662). Por su parte, DUFF explica que no toda inmoralidad es criminalizable, sino que debe tratarse de "injustos públicos", es decir "como un injusto que le concierne propiamente al público, esto es, al cuerpo social como un todo" (DUFF, *supra* nota 56, pp. 140 ss.).

[170] HUSAK, *supra* nota 2, p. 198, nota n.º 93.

[171] Esto es lo que sostiene, p. ej., DEVLIN, al afirmar que "la sociedad puede usar la ley para preservar la moralidad de la misma manera que la usa para salvaguardar cualquier otra cosa que es esencial para su subsistencia" (DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965, p. 11). En palabras de este autor "una moralidad establecida es tan necesaria para el bienestar social como lo es la existencia de un buen gobierno" (pp. 13 ss.).

[172] GREEN, *supra* (en nota n.º 11), pp. 44 s.; HUSAK, *supra* nota 2, pp. 65 s.; GARDNER/SHUTE, en *supra* nota 138, p. 23 ss. A la misma conclusión se llegaría, sin embargo, aceptando incluso la tesis del moralismo jurídico "extremo" que propone DEVLIN (véase: *ibid*): si se considerara que los valores y convicciones morales compartidos en una sociedad son necesarios para mantener su unidad y subsistencia, esto solo se vería amenazado por conductas públicas. Por lo tanto, conductas privadas contrarias a la moral positiva no serían aptas para poner en peligro la existencia de la sociedad. Para una crítica extensa a los argumentos de DEVLIN, véase HART, "Social Solidarity and the Enforcement of Morality", en *The University of Chicago Law Review*, vol. 35, art. 2, 1967.

Si bien para la posición dualista la existencia de daño no es la única razón legítima para criminalizar, esta entiende que se trata de una condición necesaria para ello.[173] Al respecto, afirman GARDNER y SHUTE que: "El principio del daño […] es el principio según el cual las inmoralidades que no causen un daño no deben ser prohibidas o penadas oficialmente […]. Pero esto está muy lejos de la proposición según la cual las prohibiciones y castigos estatales deberían adaptarse al único y general objetivo de la prevención de daños […]; dentro de los límites que provee el principio del daño, la ley podría ser adaptada para reflejar incontables consideraciones que no tienen mucho que ver con el daño".[174]

IX. ¿Debería, entonces, ser la incorrección moral un presupuesto de criminalización?

La justificación de esto puede resultar sumamente problemática desde el punto de vista del derecho penal liberal, según el cual este solo debe cumplir una función de resguardo de intereses humanos frente a lesiones o puestas en peligro y las inmoralidades no deben ser objeto de prohibición penal. En otras palabras, un Estado liberal se caracteriza por considerar que la protección de bienes jurídicos frente a daños o peligro de daños es la tarea prioritaria del derecho penal.[175]

Por ello, en lo que sigue, intentaré reconstruir algunos argumentos que se han formulado en favor de que la incorrección moral sea una exigencia para una criminalización legítima.

Al respecto, se afirma que, aunque no sea evidente, existiría una relación entre la incorrección moral y el punto de vista liberal.[176] Como se dijo anteriormente, toda decisión de criminalización debería estar justificada lo máximo posible. Y esta mayor justificación estaría dada, siempre que, junto con las razones fundadas en el daño, se exigiera la incorrección moral para legitimar una prohibición penal.[177] Lo que se encontraría detrás de esta idea sería la convicción según la cual el derecho penal debe ser de *ultima ratio* y que el poder punitivo del Estado debe limitarse al máximo. Por ello, la concepción dualista ayudaría a restringir el alcance del derecho penal, en la

[173] GARDNER, "Justifications and Reasons", en *Offences and Defences – Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2007, p. 120; RUSCA, *supra* nota 8, p. 88.
[174] Véase GARDNER/SHUTE, *supra* nota 138, pp. 119 s.
[175] JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 5, p. 8.
[176] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, pp. 84 ss.
[177] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 84.

medida en que exige ambos principios, los cuales se limitarían mutuamente.[178] Según este argumento, entonces, mientras más exigencias sean necesarias para legitimar una prohibición penal —y, por lo tanto, esta tenga una mayor justificación—, mejor sería desde el punto de vista de un Estado liberal de derecho. Desde esta perspectiva, no habría inconvenientes en requerir una exigencia *más* que la del daño.

Asimismo, se sostiene que el hecho de que nuestro Estado liberal sea, además, "de derecho" haría necesario que, en el análisis de una criminalización legítima, deban ser consideradas también "exigencias que [...] aseguren su justicia a partir de determinados requisitos sustantivos, como especialmente los que tienen que ver con los principios de proporcionalidad y de dignidad humana".[179]

Con relación al principio de proporcionalidad, se señala que, si la clase de conducta a prohibir es dañosa, mas no intrínsecamente inmoral, su criminalización sería desproporcionada y, por lo tanto, injusta; pues "si la pena es un mal, podría en todo caso considerársela una consecuencia justa si es aplicada contra un mal."[180] Es decir, la justicia requeriría que sean criminalizadas conductas dañosas, únicamente si estas son también moralmente incorrectas, de lo contrario, castigaríamos a aquellos que no han cometido un mal y esto sería injusto.[181]

Además, se afirma que el derecho penal puede distinguirse de otras ramas del derecho debido a su voz moral, por lo que únicamente este tendría una importancia social, en tanto constituye un medio para influenciar el comportamiento de las personas.[182] De este modo "[e]l acto de criminalización en sí mismo constituye una declaración de que determinada conducta es, en lo que al Estado le concierne, incorrecta y no debería ser realizada".[183] El derecho penal, entonces, declararía públicamente que una clase de comportamiento prohibido es moralmente incorrecto y, debido a esa incorrección, las personas deberían abstenerse de realizarlo.[184]

---

[178] VON HIRSCH, *supra* nota 25, p. 89.
[179] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, pp. 84 s.
[180] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, pp. 84 s.
[181] Así, sostiene DUFF: "la justicia exige que criminalicemos las conductas dañosas solo si estas son también moralmente incorrectas; de lo contrario, condenamos y castigamos a quienes no han hecho ningún mal, lo que sería injusto" (DUFF, *supra* nota 56, p. 83).
[182] VON HIRSCH/SIMESTER, *supra* nota 157, p. 4.
[183] VON HIRSCH/SIMESTER, *supra* nota 157, p. 5.
[184] VON HIRSCH/SIMESTER, *supra* nota 157, p. 11.

Esta voz moral se dirigiría hacia personas consideradas agentes morales capaces de reflexionar en este sentido: "[l]a criminalización se dirige directamente a sujetos-ciudadanos y, a su vez, a los infractores, en claros términos morales, tratándolos como agentes capaces de reflexionar moralmente. Esta hace una valoración oficial respecto del estatus moral de Φ.[185] Esta apelación al destinatario de una prohibición penal como agente moral le da la oportunidad para reflexionar sobre la adecuación de su conducta".[186]

Así, se sostiene que, si el derecho penal criminalizara exclusivamente daños, independientemente de que las conductas que los causaron sean o no inmorales, esto podría ser únicamente explicado por razones preventivas de tipo disuasorias.[187] Es decir, si se criminalizara una clase de conducta que está *bien* pero que causa daño, la justificación estaría basada solamente en argumentos preventivos para criminalizar[188], lo cual implica instrumentalizar al destinatario de la prohibición penal. Solamente si se tiene en cuenta la incorrección de la conducta el derecho penal se dirigiría a los eventuales autores como agentes morales, es decir, como actores "capaces de deliberación moral".[189] De no ser esto así, entonces, se consideraría a los destinatarios de la prohibición penal como meros objetos; es decir, no como fines en sí mismos, sino como simples medios para alcanzar fines ulteriores.[190] Esto representaría una vulneración al principio de no instrumentalización y, por ende, sería contrario a la dignidad humana.[191]

Otro argumento es el de la efectividad de las leyes penales.[192] Al respecto, se asevera que el poder de disuasión de la ley sería menor si esta no reflejara las creencias compartidas de una comunidad. Es decir, "[c]uando los códigos penales se desvían de las normas de la comunidad, los ciudadanos pueden ser menos propensos a cooperar con o aceptar las demandas del sistema".[193] Si el derecho positivo no fuese consistente con las normas sociales, perdería su credibilidad y, en

[185] El símbolo *phi* (Φ) es utilizado por los autores para designar una conducta indeterminada. El símbolo es utilizado en filosofía como abreviatura convencional. Véase VON HIRSCH/SIMESTER, *supra* nota 157, p. 22, nota al pie.
[186] VON HIRSCH/SIMESTER, *supra* nota 157, p. 12.
[187] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 85.
[188] Sobre la objeción a la legitimidad de la criminalización basada *solo* en argumentos preventivos, véase: VERDE, *supra* nota 39.
[189] VON HIRSCH/SIMESTER, *supra* nota 157, p. 18.
[190] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 8, p. 85. Para un análisis extenso sobre la prohibición de instrumentalización, véase: GRECO, *supra* nota 143, pp. 160 ss.
[191] PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 85.
[192] Véase al respecto: GREEN/KUGLER, "When is it Wrong to Trade Stocks on the Basis of Inside Information? Public Views of the Morality of Insider Trading", en *Fordham Urban Law Journal*, vol. 39, 2011, pp. 450 s.
[193] GREEN/KUGLER, *supra* nota 192, p. 22, pp. 450 s.

última instancia, su efectividad; en otras palabras, las intuiciones morales de las personas deberían ser tenidas en cuenta si lo que se pretende es un derecho penal autoritativo y efectivo.[194] Por el contrario, cuando la prohibición penal coincide con la moral positiva, es decir, con lo que la sociedad como un todo considera moralmente incorrecto, la ley positiva y las normas morales se refuerzan mutua o recíprocamente.[195] En definitiva, si solo se criminaliza una clase de conducta porque causa daño pero no es moralmente incorrecta, se estaría criminalizando algo que está bien. De hacerse esto, se generaría un derecho penal que se vería fácilmente deslegitimado frente a la sociedad.[196] Al respecto, GREEN señala que el "vacío" (*gap*) que existe entre el derecho penal y los comportamientos considerados inmorales por una comunidad en general es, precisamente, el núcleo de la crítica a la sobrecriminalización.[197]

Igualmente, se sostiene que las personas están unidas a las leyes no solamente como sujetos y agentes morales, sino también como ciudadanos de una democracia liberal.[198] Esto significaría que la voz de la ley sería su propia voz colectiva y cívica, esto es, "es una voz en la que nos hablamos a nosotros mismos, como ciudadanos, sobre los valores compartidos y los objetivos sobre los cuales está constituida nuestra empresa cívica como cuerpo político".[199] Y si la ley se dirige a los ciudadanos, debería hacerlo en términos de los valores que supuestamente estructuran una sociedad.[200]

X. Conclusiones

a) La incorrección moral es utilizada, de hecho, por el legislador al decidir si una clase de conducta debe ser criminalizada y también para determinar su escala penal. Así, algunos tipos penales prevén un "estigma especial" para reprochar cierta clase de conductas que son moralmente incorrectas de un modo particular.[201]

b) Es posible diferenciar entre la incorrección moral y el daño de una conducta o de los comportamientos: son requisitos autónomos y no deben ser confundidos.

---

[194] GREEN/KUGLER, *supra* nota 192, p. 451.
[195] GREEN, *supra* nota 11, p. 46.
[196] VERDE, *supra* nota 39.
[197] GREEN, *supra* nota 11, p. 46.
[198] DUFF, *supra* nota 56, p. 49.
[199] DUFF, *supra* nota 56, p. 50.
[200] DUFF, *supra* nota 56, p. 86.
[201] Cfr. RUSCA, *supra* nota 8, p. 89.

c) La incorrección moral es útil en los análisis descriptivos de parte especial de derecho penal, realizados por jueces y otros intérpretes. Lo es porque, precisamente, posibilita que ciertos tipos puedan distinguirse en su especificidad, según su particular incorrección moral.

d) La incorrección moral debe ser un requisito de una criminalización legítima. En un Estado liberal de derecho, esto puede fundamentarse mediante el principio de proporcionalidad, de no instrumentalización, de efectividad y democrático.

XI. Bibliografía

ALCHOURRÓN, Carlos/BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1998.

AMBOS, Kai, "Bien jurídico y Harm Principle: Bases teóricas para determinar la «función global» del derecho penal internacional – Una segunda contribución para una teoría coherente del derecho penal internacional", en *Revista de derecho penal y criminología*, 3.ª Época, n.º 10, 2013, pp. 343-378.

AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, Athenäum, 1972.

BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal – Parte General*, Santa Fe de Bogotá, TEMIS, 1996.

BIRNBACHER, Dieter, *Analytische Einführung in die Ethik*, 3.ª ed., Berlín/Boston, De Gruyter, 2013.

COCA VILA, Ivó, "La colisión "deficitaria" de deberes. Consideraciones sobre la exclusión del injusto omisivo en ejecución de actos de salvamento supererogatorios", en *En Letra: Derecho Penal*, año IV, n.º 6, 2018, pp. 52-88.

DEVLIN, Patrick, *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965.

DUFF, R.A., *Answering for Crime – Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007.

FEINBERG, Joel, *Harmless Wrongdoing. The Moral Limits of the Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1987.

—, *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1984.

FERRANTE, Marcelo, "Filosofía del derecho penal", en FABRA ZAMORA, *Jorge Luis*/SPECTOR, *Ezequiel* (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol. 3, 2015, pp. 2087-2108. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/13.pdf [enlace verificado el día 22 de mayo de 2019].

FLETCHER, George P., *Loyalty – An Essay on the Morality of Relationships*, Nueva York/Oxford, Oxford University Press, 1993.

FRISCH, Wolfgang, "Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens", en HEFENDEHL, Roland/VON HIRSCH, Andrew/WOHLERS, Wolfgang (eds.), *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 215-238.

GARDNER, John/SHUTE, Stephen, "The Wrongness of Rape", en GARDNER, *John*, *Offences and Defences – Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2007, pp. 1-32.

GARGARELLA, Roberto, "La constitución de la democracia deliberativa según Carlos Nino", en *Revista de la Universidad de Palermo*, año 3, n.º 1, 1998, pp. 193-198.

GRECO, Luís, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie – Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlín, Duncker & Humblot, 2009.

—, "Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito", en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 49, 2004, pp. 89-147.

GREEN, Suart P., "What is Wrong with Tax Evasion?", en *Houston Business and Tax Journal*, 2009, pp. 220-233.

—, *Lying, Cheating and Stealing – A Moral Theory of White-Collar Crime*, Nueva York, Oxford University Press, 2006.

GREEN, Stuart P./KUGLER, Matthew B., "When is it Wrong to Trade Stocks on the Basis of Inside Information? Public Views of the Morality of Insider Trading", en *Fordham Urban Law Journal*, vol. 39, 2011, pp. 445-484.

GREWENDORF, Günther/MEGGLE, Georg, "Zur Struktur des metaethischen Diskurses", en *Seminar: Sprache und Ethik – Zur Entwicklung der Metaethik*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1974, pp. 7-31.

HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992.

HARCOURT, Bernand E., "The collapse of the harm principle", en *Journal of criminal law and criminology*, vol. 90, art. 3, 1999, pp. 109-194.

HART, H.L.A., "Social Solidarity and the Enforcement of Morality", en *The University of Chicago Law Review*, vol. 35, art. 2, 1967, pp. 1-13.

—, *Law, Liberty and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1963.

HASSEMER, Winfried, "Rechtsphilosophie, Rechtswissenschaft, Rechtspolitik – am Beispiel des Strafrechts", en *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden, Nomos, 2000, pp. 68-86.

—, *Theorie und Soziologie*, Frankfurt, Athenäum, 1973.

HASSEMER, Winfried/NEUMANN, Ulfrid, "Vor § 1", en NK-StGB, 5.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017, n.º m. 122

HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, Heymanns, 2002.

HOFSTÄTTER, Peter. R., "Strafe und Vorwerfbarkeit in sozialpsychologischer Sicht", en BAUER, Fritz/BÜRGER-PRINZ, Hans/GIESE, Hans/JÄGER, Herbert (eds.): *Sexualität und Verbrechen – Beiträge zur Strafrechtsreform*, Frankfurt am Main/Hamburg, Fischer Bücherei, 1963, pp. 118-128.

HÖRNLE, Tatjana, *Grob anstößiges Verhalten – Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2005.

HUSAK, Douglas, *Overcriminalization – The limits of the criminal law*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.

—, "The Criminal Law as Last Resort", en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n.º 2, 2004, pp. 207-235.

JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1996.

JOECKS, Wolfgang, "Einl.", en MüKo I, 2.ª ed., Múnich, Beck, 2011, n.º m. 26.

KINDHÄUSER, Urs, "§ 216", en NK StGB, 7.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017, n.º m. 1.

—, "Pflichtverletzung und Schadenszurechnung bei der Untreue (§ 266 StGB)", en DÖLLING, Dieter (ed.), *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 2003, pp. 709-726.

KRÜGER, Matthias, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlín, 2000.

KÜHL, Kristian, "Strafrecht und Naturrecht – Strafrecht und Moral", en HECKER, Bernd/WEIßER, Bettina/BRAND, Christian (eds.), *Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag*, Múnich, C.H. Beck, 2018, pp. 563-570.

LABSCH, Karl Heinz, *Untreue (§ 266 StGB): Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Deutung*, Lübeck, Schmidt-Römhild, 1983.

MACKIE, J.L., Ethics. Inventing right and wrong, Penguin Books, 1979 [1977].

MILL, John Stuart, *Utilitarianism, Liberty, and Representative Government, Part II: On Liberty*, Londres, Dent, 1948 [1859].

MIRÓ LLINARES, Fernando, "La criminalización de conductas 'ofensivas'. A propósito del debate anglosajón sobre los 'límites morales' del Derecho penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17-23, 2015, pp. 1-65.

MOORE, Michael S., *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 1997.

NINO, Carlos S., *Los límites de la responsabilidad penal – Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980.

—, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.

OLIVARES, Nicolás E., "Un enfoque sistémico de la democracia deliberativa", en *Revista de la Facultad de Derecho (Universidad Nacional de Córdoba)*, vol. 4, n.º 2, 2013, pp. 225-243.

OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 7.ª ed., Berlín, De Gruyter, 2005.

PERALTA, José M., "La explotación: una discusión filosófica sobre su ilicitud", en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique *et al.* (eds.), *Dogmática del derecho penal: Material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a Schünemann*, Lima, Gaceta Jurídica, 2014, pp. 491-510.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, "El ilícito material del delito tributario – En torno a la legitimidad de la criminalización de incumplimientos fiscales", en AMARANTE, Diego A. *et al.*, *Institutos de Derecho Penal Tributario*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017, pp. 69-103.

—, "Corruption as Disloyalty?", en ZIMMERMANN, Frank (ed.), *Criminal Liability of Political Decision-Makers*, Cham (Suiza), Springer, 2017.

—, "Besprechung der iberoamerikanischen Festschrift für Bernd Schünemann – insbesondere mit Blick auf den Wissenschaftsdialog", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2016, pp. 341-347.

RICKEN, Friedo, *Allgemeine Ethik*, 5.ª ed., Stuttgart, Kohlhammer, 2013.

ROJAS, Luis E., "El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán", en *Revista Penal*, n.º 23, 2009, pp. 138-171.

ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.ª ed., Múnich, C. H. Beck, 2006.

RUSCA, Bruno, "¿Por qué está mal aceptar y ofrecer sobornos? Una discusión de la tesis de la mercantilización del gobierno", en *En Letra: Derecho Penal*, año I, n.º 2, 2016, pp. 86-104.

SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo, "El problema moral: análisis conceptual y retorno al racionalismo". Disponible en: https://www.academia.edu/36715792/El_problema_moral_Analisis_conceptual_y_retorno_al_racionalismo [enlace verificado el día 22 de mayo de 2019].

STREE, Walter/KINZIG, Jörg, "§§ 38", en S/S-StGB, 29.ª ed., Múnich, Beck, 2014, n.º m. 1.

STRATENWERTH, Günter, "Zum Begriff des „Rechtsgutes"", en ESER, Albin/SCHITTENHELM, Ulrike/SCHUMANN, Heribert (eds.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, Múnich, C.H. Beck, 1998, pp. 377-391.

VERDE, Alejandra, *La receptación como delito contra el mercado formal*, Madrid y otras, Marcial Pons, 2019.

—, "'La colisión de deberes en derecho penal' de Ivó Coca Vila. ¿Disolución de colisiones de deberes jurídicos?", en *En Letra: Derecho Penal*, año IV, n.º 6, 2018, pp. 254-279.

VON HIRSCH, Andreas, "'Harm and Wrongdoing'", Schädlichkeit und Verwerflichkeit als Begründung von Kriminalisierung", en HEFENDEHL, Roland/HÖRNLE, Tatjana/GRECO, Luís (eds.), *Festschrift für Schünemann zum 70. Geburtstag*, Berlín, De Gruyter, 2014, pp. 83-92.

—, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, Berlín, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005.

VON HIRSCH, Andreas/SIMESTER, A.P., *Crimes, Harms, and Wrongs – On the Principles of Criminalisation*, Oregon, Hart Publishing, 2011.

WITTIG, Petra, "Rechtsgutstheorie, "Harm Principle" und die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen", en HEFENDEHL, Roland/VON HIRSCH, Andrew/WOHLERS, Wolfgang (eds.), *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 239-243.

WOODIWISS, Jo, "Beyond a single story – the importance of separating 'harm' from 'wrongfulness' and 'sexual innocence' from 'childhood' in contemporary narratives of childhood sexual abuse", en *Sexualities Journal*, vol. 17, (1&2), 2014, pp. 139-158.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año V, número 8, pp. 154-177

EL PRINCIPIO DEL DAÑO. UNA POSIBLE INTERPRETACIÓN A PARTIR DE GARDNER/SHUTE

Maximiliano A. VARGAS*

Fecha de recepción: 13 de julio de 2018
Fecha de aprobación: 12 de noviembre de 2018

Resumen
En este trabajo abordaré un modo de interpretar el "principio del daño" que, según entiendo, se encontraría en las ideas de John Gardner y Stephen Shute. El objetivo será mostrar cuáles serían los alcances de dicha interpretación, sus consecuencias y las críticas que se le han formulado. Asimismo, el trabajo pretende mostrar las ventajas que tendría dicho principio por sobre el criterio del daño tradicional sostenido por John Stuart Mill y Joel Feinberg. Sin embargo, es importante destacar que esta tarea no implicará argumentar que Gardner y Shute hayan desarrollado una teoría particular del principio del daño. Si bien en esa tarea no se mostrará alguna conclusión acerca de si un principio así formulado debe ser preferible, entiendo que resulta relevante mostrar el estado de la discusión.

Palabras clave: Principio del daño - Daños secundarios - Actos inofensivos - Actos ofensivos - "Violación sin daño" - Prevención y evitación de actos dañinos - La prueba del daño

Title: Harm Principle. The feasible interpretation of Gardner/Shute

Abstract
The main subject of this essay is to show a way of interpretation of the Harm Principle that would be suggested by GARDNER/SHUTE. I intend to show its extent and its consequences, as well as to inform about the main objections to it. Furthermore, I will try to show the possible advantages of Gardner's Harm Principle in relation to the traditional Harm Principle supported by John Stuart Mill and Joel Feinberg. Notwithstanding, I do not claim that GARDNER/SHUTE have developed their own theory of the Harm Principle. I contend that it is important to show the state of affair of

* Abogado, especialista en derecho penal económico, doctorando en la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Docente de derecho penal – parte general, de la Facultad de Derecho, UNC. Correo electrónico: mavargas83@hotmail.com.

this principle. However, I will not give any conclusions as regards the suitability of Gardner's point of view[1].

Keywords: Harm Principle - Secondary harms - Harmless act - Harmful act - "Harmless rape" - Prevention of harmful acts - Harm test

Sumario

I. Introducción; II. Definición; III. Consecuencias; IV. La prueba del daño; V. El alcance del principio del daño; VI. Críticas a la interpretación del principio del daño; VII. Conclusión; VIII. Bibliografía.

I. Introducción

El principio del daño es un criterio reconocido en el derecho penal moderno. El principio ha sido receptado tanto por la doctrina continental como por la angloamericana como un límite al poder punitivo estatal, esto es, como un estándar que establece en qué supuestos está justificado el uso de la coerción penal en contra de una persona. En su formulación más simple, el principio establece que el Estado está habilitado a sancionar criminalmente las conductas que lesionan a terceros, en sus bienes jurídicos o intereses legalmente protegidos. El Estado no está autorizado, en cambio, a prohibir o restringir aquellas conductas que solo dañan a su autor o que pueden ser calificadas como meramente inmorales.

El principio del daño ha sido entendido, tradicionalmente, como un criterio que debe autorizar la intervención estatal en aquellos casos en donde una conducta resulte dañina a los intereses de terceros.[2] FEINBERG sostiene que el principio del daño se satisface cuando existe: i. un acto de A que conlleva un menoscabo a los intereses de B; ii. el acto se realiza con dolo o imprudencia y de un modo injustificado o inexcusable; iii. el acto de A viola los derechos de B; y iv. B está, como consecuencia de ello, en una peor condición de lo que hubiera estado si el acto de A no se hubiese producido.[3] Este último requisito ha llevado a los defensores del principio del daño a exigir que se demuestre, en cada caso concreto, que la conducta ocasiona el perjuicio que

[1] Agradezco a Lucía SOLAVAGIONE por su ayuda con la traducción del resumen al idioma inglés y a Daniela DOMENICONI por acercarme algunos textos que me han permitido realizar este trabajo.
[2] MILL, *On Liberty*, Nueva York, Dover Publications, 2002 (Londres, 1859). FEINBERG, *Harm to Others, The Moral Limits of the Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1984.
[3] FEINBERG, *Harmless Wrongdoing, The Moral Limits of the Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1990, p. 26.

se pretende evitar. Si, por el contrario, existe algún supuesto en el que la acción resulta inofensiva para los intereses de terceros, el Estado no estaría legitimado para criminalizar dicha acción. Tal manera de comprender el principio del daño ha llevado a señalar su insuficiencia para criminalizar determinadas conductas que —según sus propios defensores— deberían ser penalizadas. En razón de ello, RIPSTEIN, p. ej., ha propuesto su abandono y su remplazo por el principio de soberanía (*sovereign principle*), según el cual "… las únicas restricciones legítimas sobre una conducta son aquellas que aseguran la independencia mutua de las personas que son libres de otras".[4]

Pareciera entonces que deberíamos abandonar la interpretación tradicional del principio del daño, ya que no podría justificar la criminalización de actos concretos inofensivos, pese a que consideraríamos que lo correcto sería penalizarlos. Entiendo que esta dificultad podría ser sorteada si se acoge un modo de interpretar el principio del daño que ha sido propuesto por GARDNER/SHUTE. Para estos autores, para satisfacer el principio del daño es suficiente constatar que sería dañino que una conducta no se encuentre prohibida por el Derecho. A diferencia de la interpretación tradicional, este modo de entender el principio del daño no exigiría que cada instancia de una conducta sea perjudicial para los derechos de terceros. Por el contrario, GARDNER/SHUTE consideran que el principio del daño abarca la criminalización de conductas inofensivas si resulta posible sostener que la no criminalización de esas acciones sería dañina.

En este trabajo trataré de explicar y analizar este modo de interpretar el principio del daño, que, según creo, es el propuesto por GARDNER/SHUTE. En la primera parte, trataré de mostrar cómo es que GARDNER/SHUTE consideran al principio del daño. En la segunda parte, intentaré indicar cuál debe ser el alcance que tiene dicho criterio. Por último, expondré y analizaré algunas críticas que se le han formulado en la doctrina penal anglosajona. Con esta tarea, buscaré mostrar cuáles son las ventajas y desventajas de seguir esta interpretación del principio del daño.

Considero relevante realizar algunas precisiones metodológicas previas: GARDNER/SHUTE no tienen, a diferencia de MILL y FEINBREG, una teoría particular acerca del principio del daño. Incluso, tomaré como base un trabajo de ambos autores cuyo objetivo principal es demostrar la incorrección del delito de violación, pero no esbozar una interpretación original del principio del daño. Sin embargo, considero que, aunque los autores no se lo hayan propuesto de modo expreso,

[4] RIPSTEIN, "Beyond the Harm Principle", en *Philosophy and Public Affairs*, n.º 34, 2006, p. 229.

han generado una interpretación innovadora del principio del daño que puede ser diferente a la lectura tradicional y que ha motivado una serie de observaciones por la propia doctrina.

II. Definición

GARDNER/SHUTE señalan que el principio del daño se satisface cuando la ley que se sanciona está orientada a prevenir lesiones en los intereses de terceros. Los autores han expuesto este modo de interpretar el principio del daño en un trabajo denominado "La ilicitud de la violación".[5] Si bien en dicho trabajo tratan de establecer cuál es la incorrección específica de la violación, sostienen que la falta de lesividad de una acción no constituye una imposibilidad para criminalizarla cuando su criminalización es útil para prevenir daños. GARDNER/SHUTE se valen de una hipótesis para mostrar cómo el principio del daño permitiría justificar la intervención estatal en conductas que en algunos supuestos pueden no causar daños a terceros. Así, denominan a dicha situación "el caso puro de la violación".

En primer lugar, GARDNER/SHUTE afirman que, en la vida cotidiana, la mayoría de los hechos por violación producen en sus víctimas "daños inenarrables" (p. ej., lesiones físicas, traumas, sensaciones de inseguridad o pérdida de autoestima).[6] Según GARDNER/SHUTE, todos estos efectos son daños "… porque cambian la vida de alguien para peor".[7] Es con base en esta dimensión prospectiva del daño "… que la gente normalmente busca la ilicitud de la violación".[8]

A continuación, GARDNER/SHUTE desarrollan un experimento mental en el que acontece un hecho de violación sin daño. El "caso puro de la violación" se presenta de la siguiente manera: "Es posible, aunque sea inusual, que un violador no haga daño. La víctima puede permanecer para siempre ajena al hecho de haber sido violada si, digamos, el violador usó preservativo y ella estaba drogada o ebria al punto de la inconciencia cuando se cometió la violación. (…) Entonces tenemos una víctima de violación cuya vida no ha cambiado en absoluto a causa de la violación. (…) En

[5] Sobre este punto, GARDNER/SHUTE afirman que la incorrección de la violación no reside en el daño ocasionado a la víctima, sino en el "*mero uso*" que el autor hace de la persona violada. En GARDNER/SHUTE, "The Wrongness of Rape", *Oxford Essays in Jurisprudence, Fourth Series* (2000), HORDER (ed.). En lo que sigue, las citas serán tomadas del texto GARDNER/SHUTE, "La ilicitud de la violación", en *Ofensas y defensas, ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, trad. José MILTON PERALTA, Buenos Aires, Marcial Pons, 2012, p. 46.
[6] GARDNER/SHUTE, *supra* nota 5, pp. 26 y 28.
[7] GARDNER/SHUTE, *supra* nota 5, p. 26.
[8] GARDNER/SHUTE, *supra* nota 5, p. 26.

efecto, lo sucedido no tiene ninguna dimensión prospectiva para la víctima, excepto una posible resaca por la mañana; por lo demás, su vida sigue exactamente igual que antes".[9]

En la hipótesis expuesta, la violación nunca llega a ser descubierta, por lo que no existe posibilidad de que otras personas puedan sentir miedo de ser víctimas potenciales.[10] En tal supuesto, GARDNER/SHUTE refieren que la incorrección de esa violación no puede basarse en su daño, ya que tal acto no produce perjuicio alguno[11]: en tal hipótesis, "… nadie ve su futuro menguado o, incluso, afectado de algún modo, por la violación".[12]

La pregunta que se presenta, entonces, es ¿cómo puede el principio del daño justificar la criminalización de esta violación inofensiva? Si las acciones que deben ser criminalizadas bajo la interpretación tradicional del principio del daño son aquellas que cambian para peor la vida de una persona, queda en evidencia, entonces, que la hipótesis ofrecida no encuadra en dicho principio. La mera incorrección del acto, esto es, la circunstancia de que se trata de una conducta mala (aunque inofensiva) no resulta ser una razón para criminalizarla bajo aquel principio. Así pues, si la incorrección no resulta ser una razón suficiente, puede suceder, señalan GARDNER/SHUTE, que algunos autores pretendan buscar algún modo en que la víctima resulte dañada para que este caso pueda "… pasar el filtro del principio liberal del daño".[13] Sin embargo, los autores refieren que sería "… un error pensar que el principio liberal del daño excluye la prohibición legal de la violación del caso puro."[14] [15]

[9] GARDNER/SHUTE, *supra* nota 5, p. 27.
[10] GARDNER/SHUTE, *supra* nota 5, p. 27.
[11] GARDNER/SHUTE, *supra* nota 5, p. 28.
[12] GARDNER/SHUTE, *supra* nota 5, p. 28.
[13] GARDNER/SHUTE, *supra* nota 5, p. 30. En igual sentido, SIMESTER/VON HIRSCH señalan, en una hipótesis similar, que cuando se presenta un supuesto de "violación de domicilio" que no ocasiona un daño, esto plantea problemas para el principio, en tanto nadie tiene sus derechos aminorados o disminuidos. Por eso, al igual que GARDNER/SHUTE, refieren que para poder encuadrar tal conducta en dicho criterio habría que modificar el concepto de daño en el sentido de que abarque, además, las meras violaciones de derechos, lo que torna de ese modo más difícil la distinción entre incorrecciones ofensivas e incorrecciones inofensivas. Sobre esto, SIMESTER/VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs*, Portland, Hart Publishing, 2011, p. 50.
[14] GARDNER/SHUTE, *supra* nota 5, p. 30.
[15] En particular, GARDNER critica la forma tradicional en que se interpreta el principio del daño: "En el pensamiento acerca del derecho penal a menudo se exagera la función del principio del daño. Algunas personas piensan que, gracias al principio del daño, es necesario explicar la incorrección de cada ilícito penal en términos de su dañosidad. Si no hay daño, no puede haber delito. Esto es un error. Muchas acciones, tales como la violación y el chantaje, son incorrectas independientemente de su dañosidad. El principio del daño viene después, al regular si y el modo en que tales ilícitos son correctamente

¿Por qué, entonces, resulta posible bajo el principio del daño criminalizar el "caso puro" o, de manera más general, los actos inofensivos? GARDNER/SHUTE brindan la siguiente respuesta: "Para cumplir con las demandas del principio del daño es suficiente con que hubiera sido dañino que la acción no hubiera sido criminalizada".[16] Según esta afirmación, y como ya se ha dicho, el principio del daño se satisface si la ley tiene por objetivo prevenir daños, con independencia de si el acto criminalizado ocasiona, en el caso concreto, el daño que se pretende evitar. Puesto con otras palabras: la falta de lesividad de un acto particular x no constituye un obstáculo para su criminalización cuando hacerlo resulta útil para reducir los daños que ocurrirían si su prohibición no estuviese vigente. En este punto, GARDNER señala: "…el principio del daño no requiere de cada prohibición jurídica que prohíba (proporcionalmente) los ilícitos dañinos. Más bien, requiere de cada una de las prohibiciones jurídicas que sirvan (proporcionalmente) para prevenir el daño. El derecho puede prevenir el daño mediante la prohibición de ilícitos no dañinos si la no prohibición de tal ilícito fuese en sí misma dañina".[17]

En el "caso puro de la violación", GARDNER entiende que su criminalización estaría justificada bajo el principio del daño, pero no porque sea necesario indagar acerca de alguna modificación sufrida por la víctima, sino porque: "Si la violación no dañina no fuese prohibida, ello probablemente aumentaría la incidencia de la violación dañina (porque permitiría a los hombres que consideren a las mujeres como sexualmente menos autónomas y por tanto fomentaría su uso como objetos sexuales). En la medida en que concierne al principio del daño, tal conexión indirecta con el daño es todo lo que se requiere para justificar una intervención jurídica (proporcionada)".[18]

De esta manera, GARDNER se declara defensor de una versión amplia del principio del daño, según la cual, "…es el daño que la ley previene, antes que el daño causado por el delito, lo que

reconocidos por el derecho". GARDNER, "Réplica a los críticos", en *Ofensas y defensas, ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, trad. María Laura MANRIQUE, Buenos Aires, Marcial Pons, 2012, p. 262.

[16] GARDNER/SHUTE, "La ilicitud de la violación", *supra* nota 5, p. 51.

[17] GARDNER, "Réplica a los críticos", *supra* nota 5, p. 262.

[18] GARDNER, "Réplica a los críticos", *supra* nota 5, p. 262. Vale destacar que, en esta cita de GARDNER, el daño que la ley tiende a prevenir en este ejemplo es uno relacionado con la autonomía sexual de las personas que, por lo común, suele ser afectado por las violaciones dañinas. Más abajo, se mostrará la importancia de esta circunstancia para evaluar si se encuentra justificada la crítica formulada por HUSAK a la manera en que se pretende interpretar el principio del daño de acuerdo con GARDNER/SHUTE.

importa al determinar si el principio del daño se encuentra satisfecho".[19] HORDER muestra hasta dónde se extiende el principio del daño con dicha afirmación. Supongamos, afirma HORDER, que una ley prohíbe la publicidad de medicamentos oncológicos en los siguientes términos: "Ninguna persona debe tomar parte en la publicación de cualquier publicidad – (a) que contenga una oferta para tratar a cualquier persona de cáncer, o prescriba algún remedio, o brinde cualquier consejo en relación con tal tratamiento … o (b) que se refiera a cualquier artículo, o artículos de cualquier descripción, en términos que están calculados para llevar el uso de ese artículo, o artículos de esa descripción, en el tratamiento del cáncer".[20]

Según HORDER, la justificación de un delito así formulado no reside ni en el daño causado ni en el riesgo directo de producirlo. La razón de la criminalización se fundamenta, en cambio, en la circunstancia de que sería dañino tener un mercado que publicite curas para el cáncer cuando existen personas desesperadas que pueden realizar cualquier cosa con tal de detener el curso de dicha enfermedad.[21]

En definitiva, para GARDNER/SHUTE, el principio del daño se satisface por los daños que la ley busca prevenir al prohibir una determinada conducta. Resulta indiferente si dicho perjuicio se produce o no en determinados casos. Es la nocividad que, de modo general, tienen determinadas acciones lo que permite abarcar, también, a aquellas que resultan inofensivas en el caso particular. Lo importante, entonces, será establecer qué tipo de daños el derecho trata de evitar para que la criminalización de una conducta se encuentre prohibida.

III. Consecuencias

GARDNER/SHUTE refieren que de dicha interpretación del principio del daño se pueden derivar dos consecuencias. La primera, a la cual ya se hizo referencia, es que no solo los ilícitos dañinos, sino incluso los ilícitos no instrumentales (como lo es la violación pura) son susceptibles de ser abarcados por el principio.[22] Pues, si la criminalización está justificada cuando resulta útil

[19] "… *it is the harm prevented by the law, rather than the harm done by the criminal offence, that matters in determining whether the principle was satisfied*", GARDNER, "Overcriminalization: The Moral Limits of The Criminal Law, Reviewed by John Gardner", en *Notre Dame Philosophical Review*. Disponible en: https://ndpr.nd.edu/news/overcriminalization-the-limits-of-the-criminal-law/. [Enlace verificado por última vez, el 14/5/18.]

[20] HORDER, "Harmless Wrongdoing and the Anticipatory Perspective on Criminalisation", en SULLIVAN/DENNIS (eds.), *Seeking Security, Pre-empting the Commission of Criminal Harms*, United Kingdom, Hart Publishing, 2012, p. 99.

[21] HORDER, *supra* nota 20, p. 99 ss.

[22] GARDNER/SHUTE, "La ilicitud de la violación", *supra* nota 5, p. 52.

para prevenir daños, entonces el principio del daño abarca tanto los actos ofensivos como los inofensivos.[23] Así, GARDNER/SHUTE sostienen: "… la lectura instrumental tradicional del principio del daño es correcta. Pero los ilícitos no instrumentales, tales como las violaciones puras y las sustracciones puras, pueden colocarse fácilmente bajo el paraguas del principio del daño. Se pueden colocar bajo ese paraguas, porque el principio del daño no dice que solo los ilícitos dañinos deben ser criminalizados. Dice que solo se justifica la criminalización de ilícitos si sirve para prevenir daños. Los ilícitos no instrumentales, aun cuando sean perfectamente inofensivos por sí mismos, pueden pasar este examen si su criminalización reduce su frecuencia y una frecuencia mayor disminuiría las perspectivas de futuro de la gente —p. ej., al reducir algún bien público, como la sensación de seguridad de las personas con respecto a su entorno de vida, sus perspectivas de disfrutar, amar y confiar en las relaciones sexuales, su capacidad de salir y divertirse por la noche o en lugares extraños, o al afectar el grado de respeto mutuo que, en general, prevalece en la cultura pública—".[24]

Para explicar mejor lo que se acaba de desarrollar en el párrafo anterior, podríamos pensar en el siguiente supuesto. Imagínese por un momento que se discute si una ley debe o no criminalizar el lavado de activos. Se podría argumentar que el delincuente que blanquea el dinero ilícito puede reutilizarlo en la actividad criminal y que, en una ciudad en donde el lavado de dinero está permitido, las personas tienen una expectativa de 5 (en la escala del 1 al 10) de vivir en una sociedad con menos delincuencia. Si los legisladores prohíben el lavado de dinero, tal expectativa social aumentará a 8: pues está comprobado que la imposibilidad de reutilizar las ganancias del delito disminuye la delincuencia en un 30%.[25] Ahora bien, se presenta el supuesto de un agente que pretende lavar el dinero obtenido en un fraude ocasional, con la sola intención de disfrutar de su ganancia, es decir, que no pretende reinvertirla en actividades criminales; en tal supuesto, con su lavado ni aumenta ni reduce la expectativa de seguridad que mantienen los ciudadanos. El principio del daño presentado por GARDNER/SHUTE justificaría también la criminalización de este acto en la medida en que, si bien puede considerarse inofensivo para la seguridad de la ciudadanía, le ley tiene por objetivo el reducir los actos que sí pueden afectarla.

[23] GARDNER/SHUTE, "La ilicitud de la violación", *supra* nota 5, p. 52.
[24] GARDNER/SHUTE, "La ilicitud de la violación", *supra* nota 5, p. 52.
[25] El descenso de la tasa de criminalidad es una hipótesis ficticia generada para ilustrar el caso; hasta donde llega mi conocimiento, no existe una estadística que pueda comprobar una relación entre la prohibición del lavado de dinero y la disminución del crimen.

La segunda consecuencia que GARDNER/SHUTE extraen del principio del daño es la siguiente: la diferencia que existe entre los ilícitos civiles y los penales no reside en el interés público o privado que tutelan.[26] El ilícito que se comete en contra de una persona puede ser materia del derecho penal incluso cuando tal individuo no haya resultado lesionado. "En esos casos, el daño que justifica que esos males sean susceptibles de ser materia de un proceso es el daño público consistente en la pérdida de respeto por la propiedad, la reputación o el compromiso voluntario, según sea el caso".[27] En términos del autor: "Muchos consabidos derechos individuales, incluyendo aquellos apoyados en estas categorías legales, están, en gran medida, justificados por el bien público que se nutre de su existencia y reconocimiento".[28] Esta segunda consecuencia, sin embargo, no resulta tan relevante a los fines de este trabajo, por lo que no hace falta continuar con su análisis.

Una tercera consecuencia que podría extraerse del principio del daño, de acuerdo con GARDNER/SHUTE, es que los daños que se pretende prevenir con la prohibición pueden ser tanto los ocasionados deliberadamente (o con dolo, por decirlo de un modo más simple) como los que tienen origen en otra conducta. En este sentido, HORDER afirma: "La tesis de Gardner-Shute se refiere a la prevención del daño con independencia de que el daño potencial provenga de un ilícito".[29] Como muestra de ello, HORDER utiliza como ejemplo la tenencia ilegal de armas de fuego sin la debida autorización legal. En tal supuesto, el daño que se pretende evitar puede ser no solo el uso que se le pueda dar en la ejecución de un delito, sino el que pueda surgir accidentalmente por el mal uso que le pueda dar un niño.[30]

Hasta aquí, entonces, es posible definir el principio del daño como un criterio según el cual la criminalización estará justificada si resulta útil para reducir actos que modificarían las expectativas de futuro de las personas. El principio del daño, habilita, así, tanto la prohibición de actos dañinos e inofensivos, en la medida en que disminuya los daños que podrían ser ocasionados por aquellos. De este modo, entiendo que GARDNER/SHUTE logran trazar un criterio que, sin constituir una teoría particular del principio del daño que compita con las elaboradas por MILL y FIENBERG,

[26] GARDNER/SHUTE, "La ilicitud de la violación", *supra* nota 5, p. 52.
[27] GARDNER/SHUTE, "La ilicitud de la violación", *supra* nota 5, p. 53.
[28] GARDNER/SHUTE, "La ilicitud de la violación", *supra* nota 5, p. 53.
[29] HORDER, *supra* nota 20, p. 99.
[30] HORDER, *supra* nota 20, p. 99.

supera la crítica que asevera que tal principio resulta insuficiente para criminalizar los actos inofensivos.

IV. La prueba del daño

En la interpretación tradicional, "liberal", del principio del daño es el legislador quien tiene la carga de demostrar la lesividad de la acción que ha seleccionado como candidata a la criminalización.[31] Vale la pena, entonces, detenerse sobre la cuestión de la prueba del daño en el principio del daño. ¿Es necesario demostrar que la no prohibición reduciría las expectativas de vida de las personas? En tal caso, ¿qué pruebas se deberán ofrecer?

GARDNER responde estas dos preguntas de manera afirmativa. Toda criminalización que pretenda prevenir un daño "… requiere un estudio empírico detallado".[32] Tal estudio debe demostrar quiénes son las personas "… cuyas perspectivas de vida son afectadas negativamente por la inexistencia de la prohibición".[33] GARDNER ofrece como ejemplo la conducta de poseer material gráfico que represente un acto de violación o una tortura. En tal caso, afirma, para justificar la prohibición de tal conducta no basta con afirmar que el mundo está peor que si tales materiales no existiesen, sino que es necesario demostrar que tal prohibición previene daños.[34] Lo que necesitamos saber es si las perspectivas de vida de alguien son peores con tal situación, esto es, debemos determinar quién se beneficiará, por cuánto y a qué coste, y así sucesivamente. GARDNER señala que para tal demostración no basta con decir que todos se beneficiarán por el mero hecho de que tal material no exista en el mundo, pues resulta verdadero que hoy en día dichos objetos existen y las expectativas de las personas no son afectadas. Se deberá, entonces, mostrar el grupo de personas que sufren un detrimento en su vida, el que no sufrirían, o verían al menos reducido, en caso de que exista una prohibición de poseer tales materiales. De acuerdo con GARDNER un "… gobierno no defiende adecuadamente la prohibición propuesta hasta que explique qué daños pretende prevenir la prohibición y por qué la prohibición es la medida proporcionada para prevenirla".[35]

[31] Sobre esto, véase MAURACH/ZIPF, *Derecho penal, Parte general*, t. 1, *Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible* (trad. Jorge BOFILL/Enrique AIMONE GIRSON), Buenos Aires, Astrea, 1994, p. 214; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, 4.ª ed. (trad. Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ y otros), Madrid, Trotta, 2000, 467; SIMESTER/VON HIRSCH., *supra* nota 13, p. 36.
[32] GARDNER, "Réplica a los críticos", *supra* nota 5, p. 264.
[33] GARDNER, "Réplica a los críticos", *supra* nota 5, p. 264.
[34] GARDNER, "Réplica a los críticos", *supra* nota 5, p. 264.
[35] GARDNER, "Réplica a los críticos", *supra* nota 5, p. 264.

Pero la prueba del daño no es lo único que se le debe exigir a un gobierno al momento de criminalizar una conducta. Para GARDNER, también resultaría necesario establecer, por un lado, si una legislación orientada a la prevención de daños logra cumplir su objetivo, pues es en este aspecto en donde la legislación tiende a fracasar[36], y, por otro lado, el legislador debería demostrar que la prohibición no resulta contraproducente.[37]

V. El alcance del principio del daño

GARDNER reconoce que el principio del daño constituye una condición necesaria, mas no suficiente, para justificar el ejercicio de la coerción.[38] Esto quiere decir que, en algunas circunstancias, para justificar la criminalización de una conducta no basta con la posibilidad de que la prohibición esté orientada a prevenir de modo legítimo daños a las expectativas personales. Según GARDNER, el principio del daño tiene tres límites que impiden la penalización de una conducta.

El primer límite son los derechos de las personas. Algunos derechos pueden restringir el ámbito de la clase de daños que legítimamente se pueden prevenir.[39] De acuerdo con GARDNER: "El Derecho también debe respetar el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la libertad de conciencia, el derecho a la libertad sexual, el derecho a la participación política, el derecho a la intimidad, etc., cada uno de los cuales restringe al Derecho en la clase de daños que puede legítimamente prevenir y las maneras dentro de las cuales puede legítimamente prevenirlos".[40]

P. ej., es posible que prohibir la tenencia de material pornográfico tienda a reducir daños a terceras personas. Admítase, por mor del argumento, que se ha demostrado empíricamente que la prohibición tiene dicho efecto. Tal situación ya constituiría un caso de criminalización bajo el principio del daño. Sin embargo, GARDNER rechaza la posibilidad de prohibir dicha conducta si se considera que está amparada por el derecho a la libertad de expresión o a la privacidad.[41] El

[36] GARDNER, *supra* nota 19. Así, refiere: "*It is easy to point to a harm that one's pet legislation is designed to eradicate; it is a lot harder to show that it eradicates it*".
[37] GARDNER, *supra* nota 19. MOORE también establece este límite a la criminalización de una conducta, sobre todo cuando la prohibición, lejos de evitar el comportamiento, incrementaría su costo. Sobre esto, ver MOORE, *Placing Blame, A Theory of the Criminal Law,* United Kingdom, Oxford University Press, 1997, p. 664.
[38] GARDNER, "Réplica a los críticos", *supra* nota 5, p. 264.
[39] GARDNER, "Réplica a los críticos", *supra* nota 5, p. 264.
[40] GARDNER, "Réplica a los críticos", *supra* nota 5, p. 264.
[41] GARDNER, "Réplica a los críticos", *supra* nota 5, p. 264.

ejercicio de un derecho constituye, entonces, un límite a la posibilidad de prohibir conductas con el fin de evitar daños.

Según lo señalado, GARDNER afirmaría que ciertos derechos no pueden ser restringidos con el argumento de que su prohibición sería útil para evitar daños a otras personas. Pero cuáles son los derechos que deben tener este estatus es algo que, según entiendo, queda sin resolver. En este aspecto, entonces, pareciera que el principio del daño requiere de una teoría de los derechos morales que determine qué derechos pueden ser limitados para prevenir daños.[42]

La segunda condición que el principio del daño debe respetar para ser operativo está dada por la racionalidad de su empleo. La racionalidad indica que "… nadie, ni tampoco el derecho, deberían tomar acciones fútiles o contraproducentes".[43] GARDNER no se explaya mucho más sobre este asunto ni brinda una definición acerca de las acciones fútiles; en cambio, sí argumenta acerca de cuándo una acción resulta contraproducente. Puede decirse que acciones fútiles son aquellas conductas nimias e insignificantes; así, y como señala FEINBERG, "El derecho no se encarga de las pequeñeces".[44] El argumento para excluir estos casos es bien conocido y suele ser expuesto del siguiente modo: las acciones que causen un daño insignificante no deben ser criminalizadas, puesto que su criminalización puede ser más dañina que el daño que pretenden evitar.[45]

Las prohibiciones contraproducentes, en cambio, son aquellas que pueden generar un aumento de la conducta que se considera dañina. En su recensión al libro *Overcriminalization*, de HUSAK, GARDNER señala que los legisladores no suelen realizar un trabajo profundo para asegurar que sus normas no resulten contraproducentes. GARDNER afirma: "Como muchos miembros del público, los legisladores a menudo suponen que la criminalización de una actividad tiende a reducir su incidencia o, al menos, tiende a erradicar sus peores excesos. Ellos ignoran la realidad de que la prohibición de una actividad al menos la conduce a la clandestinidad, donde se vuelve

[42] HUSAK, p. ej., formula esta crítica a la concepción del daño sostenida por FEINBERG. Afirma HUSAK que si el daño se define en FEINBERG como una postergación de los intereses de otro que, además, implica la violación de derecho de esa persona, resulta necesario, entonces, establecer primero qué derecho tiene cada persona para, luego, determinar si el acto que posterga un interés resulta dañino. Sobre esto, véase, HUSAK, *Overcriminalization, The Limits of the Criminal Law,* Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 71.
[43] GARDNER, "Réplica a los críticos", *supra* nota 5, p. 265.
[44] FEINBERG, *Harm to Others, The Moral Limits of the Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1984, p. 189.
[45] FEINBERG, *supra* nota 44, p. 189.

más rentable (y, por tanto, más atractiva para horrorizar a las personas), como así también dificulta su control (y por ello más espantosa)".[46]

Queda en claro que, según GARDNER, la prohibición de una acción resulta contraproducente cuando tiende a generar un aumento de dicha conducta, por su falta de control y por engendrar mayores incentivos para cometerla. El tercer límite que debe tener el principio del daño es su proporcionalidad con el daño que se pretende prevenir.[47]

Para resumir, el principio del daño constituye un aspecto necesario, pero no suficiente, para justificar la criminalización de una conducta. La prohibición deberá descartarse en aquellos casos en que deben respetarse los derechos de las personas o bien cuando la racionalidad impone no intervenir con la legislación.

VI. Críticas a la interpretación del principio del daño

a. El principio del daño, en la lectura que podría realizarse según GARDNER/SHUTE, ha sido criticado por algunos autores. Algunas de estas críticas han sido expuestas y replicadas por GARDNER, en su libro *Ofensas y defensas*.[48]

Así, en primer lugar, RIPSTEIN, en su artículo "Beyond the Harm Principle", sostiene que dicha interpretación del principio del daño autorizaría "… el uso del derecho para proteger prácticas sociales".[49] Recordemos, en primer lugar, que RIPSTEIN formula una crítica general al principio del daño en dicho trabajo, a saber: su incapacidad de justificar la criminalización de conductas inofensivas.[50] RIPSTEIN comienza su análisis con un supuesto hipotético en el que una persona ingresa a un domicilio ajeno sin ocasionar daño alguno.[51] Luego afirma que el principio del daño no puede explicar la criminalización de este supuesto de violación de domicilio inofensiva, pero que, no obstante, sus defensores estarían de acuerdo en criminalizar esa conducta. RIPSTEIN asevera que, en estos casos: "La principal dificultad es que existen

[46] "*Like many members of the public, legislators often assume that criminalizing an activity tends to reduce its incidence, or at least tends to eradicate its worst excesses. They ignore the reality that banning an activity often drives it underground where it become more profitable (and hence more attractive to appalling people) as well as harder to supervise (and hence more appalling)*", GARDNER, *supra* nota 19, p. 218.
[47] GARDNER, *supra* nota 19, p. 218.
[48] GARDNER, "Réplica a los críticos", *supra* nota 5, p. 259.
[49] GARDNER, "Réplica a los críticos", *supra* nota 5, p. 262.
[50] RIPSTEIN, *supra* nota 4, p. 222.
[51] RIPSTEIN, *supra* nota 4, p. 218.

incorrecciones que cualquier versión plausible del liberalismo trataría como un objeto apropiado de sanción criminal, pero que no son dañinas en cualquier concepción posible del daño, en particular, aquellas que infringen la independencia de una persona".[52]

RIPSTEIN explica que, para poder justificar la criminalización de tal acto inofensivo, algunos defensores del principio del daño apelan al daño que se puede prevenir mediante la prohibición de que las personas ingresen sin permiso a los hogares.[53] RIPSTEIN señala que, según esta estrategia: "Incluso si no se ocasiona daño en este caso, es posible suponer que una regla general, que otorga a las personas el derecho a excluir a otros de su propiedad, especialmente de sus hogares, previene que la gente produzca daños a otros. Tu derecho a excluirme está reforzado como un caso especial de un derecho más general que está justificado por su prevención de un daño, incluso si en el caso particular que se ha descripto no se ha ocasionado ningún daño. Aunque el acto es inofensivo, su clase es dañina".[54]

RIPSTEIN entiende que dicha postura puede justificar la criminalización de una práctica, por el solo hecho de que la criminalización traiga aparejados algún beneficio para la sociedad.[55] Sin embargo, su crítica rechaza que el daño a una práctica pueda ser un argumento a favor de la criminalización de una conducta. En este contexto, RIPSTEIN expresa: "John Gardner y Stephen Shute pretenden explicar la incorrección de tales actos [se refiere a la violación] apelando al daño que producen a la 'práctica' de la autonomía sexual, como si la violación no fuese incorrecta en una sociedad que no haya adoptado dicha práctica".[56]

En respuesta a esta crítica, GARDNER reconoce que el principio del daño sí autorizaría el empleo del derecho en tales casos "… si la pérdida de la práctica en cuestión fuese dañina".[57] Un ejemplo que utiliza GARDNER para explicar esta idea es la práctica de la bigamia. Según este autor, la institución del matrimonio monogámico sí supera la prueba del daño, en la medida en que sería dañino no tener tal práctica, pues esta otorga "… a muchas personas una opción sin la cual estarían

[52] RIPSTEIN, *supra* nota 4., p. 217.
[53] RIPSTEIN, *supra* nota 4, p. 222.
[54] RIPSTEIN, *supra* nota 4, p. 222.
[55] RIPSTEIN, *supra* nota 4, p. 225 y sigs. Las críticas que RIPSTEIN realiza en contra de esta postura pueden ser dejadas de lado a los fines de este trabajo.
[56] RIPSTEIN, *supra* nota 4, p. 227, nota n.º 18.
[57] GARDNER, "Réplica a los críticos", *supra* nota 5, p. 262.

peor".[58] Entonces, concluye el autor, si la práctica de la bigamia no existiese, no existiría el delito.[59]

Pese a lo señalado en el párrafo anterior, GARDNER aclara inmediatamente lo siguiente: que el principio del daño autorice el empleo del derecho para tutelar una práctica no significa que esta deba existir previamente. Dicho de otro modo: en algunos casos, no resulta necesario que tal práctica exista para señalar la nocividad e incorrección de una acción x.[60] Según GARDNER, el delito de violación, p. ej., pretende tutelar la autonomía sexual de las personas, con independencia de si tal práctica de respeto por la autonomía sexual existe o no.[61] Tal ilícito es incorrecto, a juicio de este autor, en cualquier tiempo y en cualquier lugar.[62]

En GARDNER, entonces, la existencia de una práctica es una condición contingente a la nocividad que puede tener una conducta. Dicho de otro modo: tanto puede criminalizarse una acción porque su no prohibición resultaría dañina, aunque no exista una práctica que resulte lesionada, como puede criminalizarse un comportamiento cuando su no penalización fuese dañino para una práctica. En ambos supuestos, el punto relevante es que la prohibición evite daños, pero no que dicha prohibición pretenda reducir los daños a una determinada práctica.

b. Otra crítica al principio del daño ha sido formulada por CANE.[63] Según GARDNER, CANE afirma que su manera de interpretar el principio del daño "lo despoja de sus motivaciones y su poder".[64]

CANE señala, en primer lugar, que los teóricos del derecho penal distinguen entre la responsabilidad penal del individuo, por un lado, y el límite y el campo de la criminalización, por el otro.[65] Quienes se concentran en lo primero suelen abocarse al análisis de las capacidades del agente, sus posibilidades de elección, etc., pero ignoran, a su vez, las consecuencias que produce el acto que ejecutan. Quienes se preocupan por lo segundo, en cambio, se enfocan en las

[58] GARDNER, "Réplica a los críticos", *supra* nota 5, p. 263. GARDNER no explica en qué sentido las personas estarían peor en este caso, pero considero que debe darse por supuesta tal situación, pues se trata de una mera ejemplificación.
[59] GARDNER, "Réplica a los críticos", *supra* nota 5, p. 263.
[60] GARDNER, "Réplica a los críticos", *supra* nota 5, p. 263.
[61] GARDNER, "Réplica a los críticos", *supra* nota 5, p. 263.
[62] GARDNER, "Réplica a los críticos", *supra* nota 5, p. 263.
[63] GARDNER, "Réplica a los críticos", *supra* nota 5, p. 263.
[64] GARDNER, "Réplica a los críticos", *supra* nota 5, p. 263.
[65] CANE, "Taking Law Seriously: Starting Points of the Hart/Devlin Debate", en *The Journal of Ethics*, n.º 10, 2006, p. 32.

consecuencias de la conducta.[66] Para CANE esto resultaría equivocado, ya que "… existen cuestiones importantes acerca de los límites del derecho penal que parecerían tener poco o nada que ver con las consecuencias inmediatas de la conducta criminalizada".[67] CANE menciona como ejemplos los casos de la tentativa, los delitos recortados y los de peligro, entre otros.[68]

Ante tales supuestos, CANE se pregunta si la aproximación a dichos asuntos debe comenzar, no obstante, con el principio del daño y, si es así, cuáles deben ser nuestras actitudes para fundar y establecer una responsabilidad criminal que estaría en conflicto con dicho principio.[69] La respuesta de CANE es que habría tres reacciones posibles: a. rechazar aquella criminalización que está en conflicto con el principio del daño;[70] b. racionalizar cualquier y todo aspecto del derecho penal que aparezca, a primera vista, inconsistente con el principio del daño;[71] y c. negar que los elementos de la responsabilidad en cuestión tengan algo que ver con los límites morales de la criminalización.[72]

CANE critica a GARDNER/SHUTE por recurrir a la segunda reacción, es decir, la de pretender racionalizar todo aspecto del derecho penal que sea, en principio, inconsistente con el principio del daño. CANE afirma: "Podemos decir (como Gardner y Shute lo dicen con relación a la violación) que una sociedad en la que la creación de ciertos riesgos no fuese un crimen, o en la cual la tentativa y la planificación no fuesen en sí mismos delitos, fuese (en algún sentido) una sociedad peor en la que vivir respecto de otra en la que sí lo son. Una preocupación sobre esta clase de argumento es que depende de los efectos agregados de muchos de esos actos y no parece justificar la coerción de ningún agente en particular. Al mismo tiempo, al clasificar los 'efectos difusos' como daños parece reducir la significancia del principio de Mill a un punto de fuga. (…) En efecto, la reinterpretación del principio del daño para abarcar tales daños no individualizados se parece más (a lo que Hart denominó) 'la tesis moderada' en diferente manera".[73]

La crítica de CANE estaría dirigida a la amplitud que se le otorga al principio del daño cuando incluye, como un daño, los efectos difusos que dependen de la realización de muchos actos. Según

[66] CANE, *supra* nota 65, p. 32.
[67] CANE, *supra* nota 65, p. 33.
[68] CANE, *supra* nota 65, p. 33.
[69] CANE, *supra* nota 65, p. 33.
[70] CANE, *supra* nota 65, p. 33.
[71] CANE, *supra* nota 65, p. 33.
[72] CANE, *supra* nota 65, p. 35.
[73] CANE, *supra* nota 65, p. 33 y 34.

CANE, una interpretación del principio del daño que no se concentre en los daños individuales se parece a la tesis moderada que presentaba HART en su famoso debate con DEVLIN, tesis según la cual es posible criminalizar actos inmorales que puedan desintegrar la sociedad.[74]

La respuesta de GARDNER a la objeción de CANE se presenta de la siguiente manera: en primer lugar, GARDNER indica que "… el violador potencial es un infractor potencial. Esto ya lo toma como una persona adecuada para ser amenazada con el castigo (coerción)".[75] En segundo lugar, y en respuesta directa a la crítica que se le realiza, GARDNER agrega: "No es tarea del principio del daño seleccionarlo nuevamente". Esta respuesta de GARDNER podría interpretarse del siguiente modo: en su primera parte, diría que si estamos ante un potencial infractor —que puede realizar una clase de actos dañinos x—, entonces, no resulta necesario, además, exigir que su acción particular sea efectivamente dañina. Así, el principio del daño se satisface más con los propósitos que persigue una ley, que con las características del acto que se pretende criminalizar. GARDNER subraya esto cuando afirma: "La tarea del principio del daño es regular los propósitos más amplios de la ley que realiza la amenaza. Esta regulación, y de hecho cada regulación coercitiva, debe tener y satisfacer un propósito de prevención de daño".[76] Por lo tanto, que la conducta concreta del potencial delincuente sea inofensiva no constituye una objeción.

En cuanto al segundo punto señalado por CANE, esto es, los "efectos difusos" que dependen de una clase de actos, GARDNER reconoce que pueden ser reconocidos por el principio del daño siempre que resulten dañinos.[77] GARDNER lo ejemplifica de la siguiente manera: es algo intrínsecamente aborrecible poseer materiales gráficos que representen una tortura o una violación, con la cual se pretenda excitar sexualmente a sus observadores. Si nadie tuviese en su poder tales cosas, el mundo sería un lugar mejor. Su prohibición, entonces, podría mejorar el estado de cosas en la actualidad, aunque más no sea en el largo plazo.[78] Sin embargo, tal prohibición estará justificada "… conforme al principio de daño, solo en la medida en que también sirva para prevenir el daño. No todo aquello que hace el mundo un lugar mejor previene el daño.

[74] HART, *Law, Liberty and Morality,* California, Stanford University Press, 1963, p. 48 y sigs. Recordemos que, según DEVLIN, la sociedad se puede resguardar de todo aquello que pueda llevar a su desintegración; esto puede ocurrir si no se respeta la moralidad común. Por tanto, "… la sociedad está justificada para realizar los mismos pasos para preservar su código moral, como lo hace para preservar su gobierno y otras instituciones esenciales". Sobre esto, DEVLIN, *The Enforcement of Morals,* Liberty fund inc., 1996 (1965, Oxford University Press), p. 13.
[75] GARDNER, "Réplica a los críticos", *supra* nota 5, p. 263.
[76] GARDNER, "Réplica a los críticos", *supra* nota 5, p. 263.
[77] GARDNER, "Réplica a los críticos", *supra* nota 5, p. 263.
[78] GARDNER, "Réplica a los críticos", *supra* nota 5, p. 264.

Prevenir el daño es mejorar las perspectivas de vida de alguien".[79] La respuesta, entonces, se dirige a demostrar (al igual que la réplica a RIPSTEIN) que la existencia de un "efecto difuso" no resulta suficiente para que una prohibición pueda estar justificada para el principio del daño; dicho "efecto difuso" debe ser, además, dañino.

c. HUSAK formula una tercera crítica a este modo de ver el principio del daño. Recordemos que, según GARDNER/SHUTE, no constituye una objeción en contra del principio del daño afirmar que una acción es inofensiva o que no tiene la tendencia de causar daño, sino que basta con demostrar que sería dañino no criminalizar tal acción. En su crítica, HUSAK sostiene que tal interpretación no podría ser pretendida por GARDNER/SHUTE y para demostrarlo propone el siguiente ejemplo: "Supóngase que los ciudadanos estuviesen inclinados a tomar represalias violentas en contra de personas que han sido percibidas como que no han recibido su justo merecido al realizar una conducta que el Estado se ha abstenido de criminalizar —mediante la realización de abortos, p. ej.—".[80]

Presentada la hipótesis, HUSAK se pregunta: "¿Puede el deseo de prevenir esta violencia demostrar que ese aborto (p. ej.) puede ser criminalizado bajo el principio del daño?".[81] La respuesta de GARDNER/SHUTE debería ser positiva, pues la prohibición del aborto sería idónea para evitar las represalias de unas personas en contra de otras. Según HUSAK, tal interpretación del principio del daño puede expandir el campo del derecho penal.[82]

Entiendo que la crítica que formula HUSAK puede ser expresada en los siguientes términos: la necesidad de prevenir una situación r no puede ser un argumento para justificar la criminalización del acto a. En el ejemplo de HUSAK, el principio del daño buscaría evitar que un grupo de personas adopten represalias en contra de aquellos que han realizado algún acto que, según consideran los primeros, debería haber sido criminalizado por el Estado. Puesto de un modo más sencillo:

- La gente quiere ejercer r en contra de quienes realizan a.

- Si a no tiene lugar, entonces la gente no querrá r.

[79] GARDNER, "Réplica a los críticos", *supra* nota 5, p. 264.
[80] HUSAK, *supra* nota 42, p. 72, nota 72.
[81] HUSAK, *supra* nota 42, p. 72, nota 72.
[82] HUSAK, *supra* nota 42, p. 72, nota 72.

- Por tanto, para evitar r habría que prohibir a; o, puesto de otro modo, la prohibición de r reduce o evita a.

HUSAK señala al aborto como la conducta que genera los deseos de represalia por parte del grupo de personas. Si se prohíbe el aborto, evitamos entonces la represalia. Tal argumento debería tener la siguiente consecuencia: si la prohibición del aborto sirve para evitar cualquier situación dañina, entonces, su prohibición estaría justificada.[83] Para ponerlo de otro modo: supóngase que permitir el aborto genera clínicas clandestinas, en las que no solo se realizan prácticas abortivas, sino que se brinda atención médica general a cualquier persona que concurra por cualquier dolencia. Admítase, para seguir con el argumento, que las clínicas clandestinas generan el riesgo de que las personas puedan sufrir daños en su vida y en su integridad física, al no cumplir con los requisitos de habilitación necesaria (normas de higiene y desinfección, etc.). Se comprueba que, si se prohibiese el aborto, las clínicas clandestinas cerrarían sus puertas y, por tanto, las personas deberían concurrir a establecimientos de salud habilitados, situación que reduciría la posibilidad de que puedan sufrir daños en su vida o integridad física. La conclusión diría que la prohibición del aborto estaría justificada por los daños que pretenden evitar.

En qué medida esto es una crítica no resulta tan claro según lo expuesto por HUSAK, ya que, justamente el punto de GARDNER/SHUTE es que la prohibición está justificada si pretende prevenir daños. Si tal situación representa una objeción para el principio del daño de GARDNER/SHUTE, entiendo que se refiere a la intuición de que la criminalización del aborto no puede estar fundada en cualquier daño que se pretenda prevenir. Esta pareciera ser una crítica sólida que buscaría restringir el principio del daño, en cuanto a la clase de perjuicio que justifica la criminalización de una conducta. Así, diría la crítica de HUSAK, no alcanzaría con invocar cualquier daño para prohibir una determinada acción.

En el ejemplo del aborto, la razón que se invoca parece resultar muy genérica en dos sentidos: de un costado, porque se podría ofrecer para fundamentar la prohibición de una clase determinada de delitos, como, p. ej., el homicidio, el aborto, la violación y algunos delitos contra la propiedad,

[83] El ejemplo presenta una sola clase de daño que la prohibición pretende evitar, a saber: las represalias en contra de la mujer o el médico que realizan el aborto. Es posible pensar que el aborto puede ser realizado, en algunos supuestos, para salvar la vida de las mujeres, esto sería un argumento para permitirlo, puesto que, en caso contrario, aquellas sufrirían otro tipo de daño. Entonces, la pregunta que uno podría realizar, que no contestaré aquí, sino que dejaré planteada es: ¿qué sucede ante situaciones en donde la prohibición busca prevenir daños, pero su legalización también los prevendría? Debo esta observación a Candela Englert.

etc. En estos casos, sin duda, resulta posible esperar que, de no estar criminalizadas tales conductas, las personas busquen tomar represalias en contra de aquellas que la realizan. De otro costado, sería genérica para legitimar la prohibición de cualquier conducta, por inofensiva que sea, cuando pudiera generar la posibilidad de represalias de unos contra otros. P. ej., si una sociedad considera que el incesto entre dos personas adultas debe merecer castigo, entonces, tal situación debería ser criminalizada para evitar la represalia por parte de otras personas.

El problema con una razón tan genérica para criminalizar una conducta es que puede borrar la línea divisoria entre las conductas públicas o privadas; o, mejor dicho, puede implicar una redefinición en los siguientes términos: conducta pública es aquella respecto de la cual las personas sienten deseos de reprimir, sin importar el ámbito en el que se realice. Conducta privada, en cambio, es aquella que no quieren reprimir, con independencia de si se realiza en un espacio público o privado.

El ejemplo que ofrece HUSAK para evaluar el principio del daño en GARDNER/SHUTE también nos advierte que su manera de interpretarlo podría ser contraintuitiva: es que pareciera que no queremos justificar la criminalización del aborto para evitar las represalias que un grupo de personas puede ejercer sobre otras. Por el contrario, pretendemos que su fundamento resida en la muerte ocasionada a la persona por nacer, que es aquella que resulta dañada —esta ha sido, al menos, su justificación tradicional—. Que esta es la intuición que está por detrás también lo demuestra el siguiente ejemplo: supongamos que las represalias se aplican sobre personas que matan a otras. El legislador, para prevenir el daño ocasionado por las represalias, decide criminalizar el homicidio, pero no porque lesione una vida humana, sino para reducir la "justicia por mano propia". ¿Está legitimado el legislador para justificar la criminalización del homicidio con el argumento de que evita estos daños? Pareciera que, si bien fácticamente un legislador podría sancionar una ley en contra del asesinato utilizando tales razones, pensaríamos que esas no son las razones adecuadas por las que tal conducta debería estar prohibida. Además, la intuición que tenemos acerca del principio del daño es que debe referirse a la nocividad de la conducta del agente sobre terceros, pero no a la nocividad de la conducta de los terceros sobre el agente.

Con relación a esta última crítica, conviene preguntarse si GARDNER/SHUTE realmente prescinden de la conexión entre el daño que se quiere evitar y la conducta que resulta criminalizada. De acuerdo con HUSAK, tal conexión no existiría, es decir, que cualquier conducta puede ser objeto de prohibición si se comprueba que la prohibición previene daños, tal como ocurre con la necesidad de evitar represalias a través de la criminalización del aborto.

GARDNER/SHUTE no dicen nada al respecto; pero su ejemplo de la necesidad de prohibir la violación demuestra que la clase de daños que se pretende evitar tienen carácter sexual. Es decir, se prohíbe la violación —acto que lesiona la autonomía sexual de las mujeres— porque su falta de prohibición produciría no solo más violaciones, sino otros ataques a la autonomía sexual. No hay otro daño que se pretenda evitar. Para explicar esto, permítase recurrir a otro ejemplo: supóngase por un instante que ha quedado demostrado que la prohibición de la violación no solo evitaría mayores casos de abusos sexuales, sino que llevaría a modificar el sistema desigual de salarios que afecta a hombres y mujeres (en donde los primeros suelen ganar más que las segundas). En tal caso, se diría, la prohibición de la violación estaría justificada en ese daño.[84] Entiendo que la interpretación del principio que hacen GARDNER/SHUTE no autorizaría a realizar este movimiento, aunque debo reconocer que los autores no se encargan de limitar el tipo de daños que pueden ser tomados en cuenta para justificar una prohibición. La explicación de esto tal vez sea lo que se remarcó al inicio de este trabajo, a saber, que GARDNER/SHUTE, a diferencia de MILL y FEINBERG, no elaboran una teoría particular del principio del daño, sino que pretenden dar una interpretación que permita abarcar los ilícitos no lesivos.

d. Hasta aquí he tratado de demostrar cuáles son las críticas que se han efectuado a este modo de interpretar el principio del daño. Debo decir que, en principio, no encuentro que dichas objeciones tengan la solidez para desecharla. Sin embargo, esta conclusión es solo provisoria, puesto que el objetivo principal es identificar cuáles son las críticas formuladas, pero de ningún modo mostrar cuán solventes o débiles pueden resultar.

VII. Conclusión

En este trabajo he tratado de analizar el principio del daño, según una interpretación realizada por GARDNER/SHUTE. En primer término, se ha mostrado que, a la luz de tal criterio, la criminalización de una conducta satisface el principio del daño si su falta de prohibición sería perjudicial para un estado de cosas. Es decir, cuando la falta de regulación por el derecho llevaría a que determinados bienes se encuentren expuestos a un mayor riesgo de lesión. Lo único que debe demostrar el legislador, entonces, es que la prohibición es útil para evitar daños. Esta lectura del

[84] Una fundamentación en este sentido no sería del todo impensable. Como cuestión de hecho, muchas veces se ha utilizado el principio del daño para criminalizar conductas que no provocan directamente, sino indirectamente, el daño que se quiere prevenir. En tal sentido, DRIPPS señala que un argumento en contra de la pornografía ha sido la posibilidad de que aumenten los casos de violación contra las mujeres. En este sentido puede consultarse DRIPPS, "The Liberal Critique of the Harm Principle", en *Criminal Justice Ethics*, Summer/Fall, 1998, pp. 3-18.

principio del daño parece superar así la crítica que asevera que dicho principio no puede legitimar la criminalización de actos inofensivos.

En segundo lugar, he mostrado cuáles son las consecuencias que tiene el principio del daño. En primer lugar, se dijo que abarca tanto los ilícitos dañinos como los instrumentales. En segundo lugar, que el daño que justifica la criminalización de una conducta es aquel que consiste en la pérdida de respeto por la propiedad, la reputación "… o el compromiso voluntario, según sea el caso".[85] Por último, la tercera consecuencia es que el principio abarca la prohibición de daños originados tanto en conductas deliberadas como imprudentes.

En tercer lugar, he analizado cuáles son los alcances que tiene el principio. Así, se ha dicho que la prevención del daño es una condición necesaria, mas no suficiente, para justificar el ejercicio de la coerción. La criminalización deberá evaluar, además, cuáles son los derechos de las personas que resultarían afectados con la prohibición y si esta es o no racional en el sentido de que no tome por objeto acciones fútiles o contraproducentes. Por último, la penalización debe respetar la proporcionalidad respecto del daño que se pretende prevenir.

En cuarto lugar, he tratado poner de manifiesto que, al igual que la concepción tradicional, una interpretación del principio del daño como la que formulan GARDNER/SHUTE requiere la demostración del estado de cosas perjudicial que la ley trata de prevenir. Para esto, habrá que demostrar el grupo de personas que resultan afectadas y cómo su vida estaría en peor situación sin la prohibición de las conductas.

En quinto lugar, he desarrollado las críticas que se han formulado a la interpretación propuesta por GARDNER/SHUTE. Así, una de ellas afirma que podría habilitar la prohibición de una práctica, mientras que otra entiende que la tesis se asemeja a la tesis moderada sostenida por DEVLIN y habilitaría la criminalización de los daños difusos. Por último, otra objeción entiende que podría extender el campo del derecho penal.

En definitiva, mi objetivo ha sido explicar y analizar lo que, según entiendo, podría ser una forma de interpretar el principio del daño, tomando para ello lo sostenido por GARDNER/SHUTE. No obstante, he tratado de mostrar que los autores no sostienen una teoría particular del principio del daño como las elaboradas por MILL o FEINBERG. Simplemente, he querido mostrar que la

[85] GARDNER/SHUTE, "La ilicitud de la violación", *supra* nota 5, p. 53.

lectura que dichos autores realizan permite superar una vieja crítica formulada al principio del daño y, a su vez, que esta interpretación sería conveniente para evitar la prueba del daño en todos los casos. Continuar indagando acerca de esta cuestión es una tarea que se podría realizar en otro trabajo.

VIII. Bibliografía

CANE, Peter, "Taking Law Seriously: Starting Points of the Hart/Devlin Debate", The Journal of Ethics (2006) 10, pp. 21-51.

DEVLIN, Patrick, *The Enforcement of Morals*, Liberty fund inc., United States of America, 1996 (1965, Oxford University press).

DRIPPS, Donald A. "The Liberal Critique of the Harm Principle", Criminal Justice Ethics, Summer/Fall, 1998, pp. 3-18.

FEINBERG, Joel, *Harm to Others, The Moral Limits of the Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1984.

—, *Harmless Wrongdoing, The Moral Limits of the Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1990.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, 4.ª edición, (trad. Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ, Alfonso RUIZ MIGUEL, Juan Carlos BAYÓN MOHINO, Juan TERRADILLO BASOCO, Rocío CANTARERO BANDRÉS) Trotta, Madrid, 2000.

GARDNER, J./SHUTE, S., "The Wrongness of Rape", Oxford Essays in Jurisprudence, Fourth Series (2000), J. HORDER (ed.), Oxford, Oxford University Press.

—, "Réplica a los críticos", en *Ofensas y defensas, ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, traducción: María Laura MANRIQUE, editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, pp. 259 – 299.

GARDNER, J., "La ilicitud de la violación", en *Ofensas y defensas, ensayos selectos sobre filosofía del derecho penal*, traducción: José Milton PERALTA, editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, pp. 23-53.

—, "Overcriminalization: The Moral Limits of The Criminal Law, Reviewed by John Gardner", Notre Dame Philosophical Review, An Electronic Journal. Disponible en: https://ndpr.nd.edu/news/overcriminalization-the-limits-of-the-criminal-law/. [Enlace verificado por última vez, el 14/5/18.]

HART, H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, California, 1963.

HUSAK, Douglas, *Overcriminalization, The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2008.

HORDER, Jeremy, "Harmless Wrongdoing and the Anticipatory Perspective on Criminalisation", en G R SULLIVAN y Ian DENNIS eds., *Seeking Security, Pre-empting the Commission of Criminal Harms*, Hart Publishing, United Kingdom, 2012, pp. 79 -103.

MAURACH, Reinhart – ZIPF, Heinz, *Derecho penal, Parte general*, tomo 1, Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible (trad. Jorge BOFILL y Enrique AIMONE GIRSON) Astrea, Buenos Aires, 1994.

MILL, John Stuart, *On Liberty*, Dover Publications Inc., Nueva York, 2002 (Londres, 1859).

MOORE, Michael S., *Placing Blame, A Theory of the Criminal Law*, Oxford University Press, United Kingdom, 1997.

RIPSTEIN, Arthur, "Beyond the Harm Principle", Philosophy and Public Affairs 34 n.º.3, (2006) Blackwell Publishing, pp. 215 – 245.

SIMESTER, A P - VON HIRSCH, Andreas, *Crimes, Harms and Wrongs*, Hart Publishing, Portland, 2011.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año V, número 8, pp. 178-206

Traducciones

LA PRESUNCIÓN DE CASTIGO. UNA REVISIÓN CRÍTICA DE SUS ORÍGENES EN EL PENSAMIENTO DE LA MODERNIDAD TEMPRANA

Prof. Dra. Rocío LORCA**

Fecha de recepción: 11 de octubre de 2018
Fecha de aprobación: 28 de diciembre de 2018

Resumen

La discusión acerca del castigo ha estado restringida por la presunción de que los delitos han de castigarse. Esta presunción no consiste en la idea de que es moralmente necesario castigar delitos, sino más bien en la idea de que el castigo, en vez de ser una creación puramente convencional, ocurre como una respuesta natural a las infracciones normativas. Como consecuencia de esta presunción, los desafíos de justificación del castigo han sido reducidos a las cuestiones de su propósito, oportunidad y forma, y se ha dejado desatendida la cuestión de la autoridad de una determinada comunidad política para imponer esta forma de trato a un determinado individuo. A fin de presentar y criticar esta presunción, el artículo rastrea sus orígenes a través de un repaso del debate sobre la naturaleza del castigo que tuvo lugar en el origen de la filosofía política liberal. Tras evaluar los principales argumentos de este debate, el artículo concluye en que las teorías liberales del castigo deberían abandonar esta presunción.

Palabras clave: Filosofía del Derecho Penal – Castigo – Teoría Política

Title: The Presumption of Punishment: A Critical Review of its Early Modern Origins

** Profesora Asistente, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Quisiera agradecer por sus valiosos comentarios en versiones anteriores de este artículo a Liam MURPHY, Antony DUFF, Jeremy WALDRON, Moshe HALBERTAL, Moran YAHAV, Emily KIDD WHITE, Hillary NYE, David BARKER, Karin LOEVY, los candidatos y estudiantes del programa de doctorado de la Universidad de Nueva York, y a los editores de la revista Canadian Journal of Law and Jurisprudence. Publicado originalmente en inglés como "The Presumption of Punishment: A Critical Review of its Early Modern Origins", en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 29, n.º 2, agosto de 2016, pp. 385-402.

Abstract

Our conversations about punishment have been constrained by the presumption that crimes ought to be punished. This presumption does not entail that crimes must be punished, but rather that punishment occurs as a natural response to wrongdoing instead of as a conventional creation. As a consequence, the challenges for punishment's justification have been reduced to the problems of purpose, opportunity and form, leaving unaddressed the question of the authority of a certain polity to impose this form of treatment on a given individual. In order to present and criticize this presumption, the article traces its origins by revisiting the debate about the nature of punishment that took place during the emergence of liberal political philosophy. After evaluating the main arguments of this debate the article concludes by arguing that liberal theories of punishment should give up this presumption.

Keywords: Philosophy of Criminal Law – Punishment – Political Theory

I. Introducción

La discusión acerca del castigo ha estado restringida por la presunción de que los delitos han de castigarse. Esta presunción no consiste en la idea de que es moralmente necesario castigar delitos, sino más bien en la de que el castigo ocurre como una respuesta natural a las infracciones normativas y no como una práctica meramente convencional y contingente. A pesar de que a muchos nos perturba la práctica de castigar, parecemos estar convencidos de que mantener el orden social requiere que estemos dispuestos a castigar las conductas que frustran nuestras expectativas normativas más fundamentales.[1]

Situándose en el contexto que crea esta presunción, la filosofía del castigo ha limitado su espacio de investigación a los problemas de las finalidades permisibles del castigo, así como sus técnicas y oportunidades apropiadas, y ha dejado de lado la pregunta acerca de la fuente de la autoridad del Estado para poner en marcha esta práctica y ejercer este tipo de poder particular sobre un individuo.[2] Las teorías del castigo no han dedicado demasiado tiempo a la cuestión sobre

[1] Lamentablemente, sin embargo, las prácticas penales actuales no solo se dedican a responder frente a estas expectativas normativas más fundamentales, sino que incorporan una serie de conductas que tienen baja o escasa importancia social. En este sentido, véase HUSAK, *Overcriminalization*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.

[2] Esto es lo que ANSCOMBE definió como la segunda parte de la justificación de la pena, esto es, la pregunta de quién tiene autoridad para castigar a otra persona en particular, ANSCOMBE, "On the Source of the Authority of the State", en RAZ (ed.), *Authority*, Nueva York, NYU Press, 1990, p. 163. Una destacada excepción a esta tendencia es la obra de DUFF,

la autoridad, porque bajo la presunción de que el castigo es el corolario natural del delito y no una práctica puramente artificial, el Estado no aparece como el autor de la práctica, sino como su administrador. Si acaso ha de haber un autor, este no ha de ser sino el infractor. O como dijera GROCIO, dado que el castigo es la consecuencia natural del crimen, es el criminal el que se ha auto-inferido el castigo.[3]

En este artículo rastrearé los orígenes de esta presunción en la filosofía liberal y cuestionaré su validez. A estos efectos, voy a repasar el debate sobre la naturaleza del castigo que tuvo lugar en los orígenes de la filosofía política liberal. He escogido este debate porque, en el contexto del liberalismo, fue aquí cuando la cuestión acerca del origen de la autoridad para castigar quedó aparentemente zanjada y dio origen a la presunción de castigo. En particular, voy a considerar el trabajo de algunos filósofos de los siglos XVI y XVII, tales como VITORIA, HOBBES, GROCIO, LOCKE y PUFENDORF, todos quienes dedicaron parte importante de su trabajo a la pregunta sobre la naturaleza y origen del poder de castigar. Comenzaré por describir en mayor detalle aquello que he denominado "la presunción de castigo." A continuación, presentaré y evaluaré los principales argumentos del debate recién referido y concluiré el artículo con una exposición de algunas razones de por qué las teorías liberales del derecho penal deberían abandonar esta presunción.

II. El contenido de la presunción de castigo

El punto de partida de la filosofía política liberal es lo que RAZ ha llamado una presunción de libertad conforme a la cual los individuos somos igualmente libres de tal modo que nadie tiene un privilegio natural para ejercer poder sobre otro.[4] Esta presunción gatilla una sospecha sobre el poder político que tiene como objetivo custodiar la integridad del individuo mediante una distribución de las cargas de justificación: todo ejercicio de poder que se imprime sobre otro no es

véase p. ej.: *Punishment, Communication, and Community*, Nueva York, Oxford University Press, 2001; "I Might Be Guilty, but You Can't Try Me: Estoppel and Other Bars to Trial", en *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 1, n.º 1, 2003, pp. 245-259; "Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial", en *Ratio*, vol. 21, n.º 2, 2010, pp. 123-140.

[3] GROTIUS, *The Rights of War and Peace: Including the Law of Nature and of Nations*, MW Dunne, 1901, p. 222.

[4] Para una revisión crítica de esta idea, véase RAZ, *The Morality of Freedom*, Nueva York, Oxford University Press, 1988, pp. 8-12.

prima facie permisible y debe ser justificado.[5] Con eso en mente, permítaseme estipular la siguiente definición de castigo: sea que tenga como objetivo servir un fin prospectivo o no, el castigo siempre consiste en la imposición deliberada de un mal que es consecuencia de una infracción realizada por un sujeto.[6] Como tal, el castigo siempre implica un ejercicio de poder sobre otro, tanto físico como normativo, de modo que si estamos de acuerdo con la presunción de libertad, toda imposición de castigo ha de ser considerada no permisible hasta tanto no se encuentre apropiadamente justificada.

Una justificación apropiada del castigo, por su parte, debería requerir una explicación de dos cuestiones: primero, la adecuación del castigo como respuesta a una determinada infracción y, segundo, la legitimación normativa de un sujeto para interactuar de este modo con otro.[7]

La mayoría de las teorías de la pena, sin embargo, no ven las cosas de este modo y limitan el desafío de justificación de las penas al primero de estos asuntos, esto es, a la cuestión sobre si el castigo es apropiado como respuesta a una determinada infracción. Esta limitación es una consecuencia de la presunción de castigo. En el contexto que es creado por esta presunción, la segunda parte del desafío de justificación no surge, esto es, la pregunta acerca de qué legitima a alguien a castigar a otro. Esta pregunta no surge porque, de acuerdo con la presunción, es la infracción es sí misma la que da origen a la práctica de castigar y no la facultad convencional de alguien de establecerla e imponerla. Como consecuencia, en este marco conceptual, lo que necesita ser justificado no es la existencia de la práctica del castigo y la legitimación para imponerlo, sino las formas y oportunidades en que dicha práctica es ejercida. De ahí que la pregunta sobre la titularidad del poder penal por parte del Estado se haya reducido a la pregunta

[5] HOBBES, *Leviathan*, Indianapolis, Hackett, 1994, cap. XIII; LOCKE, *Second Treatise of Government*, Indianapolis, Hackett, 1980, cap. II; RAZ, *supra* nota 4, pp. 12-14; ANSCOMBE, *supra* nota 2, pp. 146-47; FEINBERG, *Social Philosophy*, Upper Saddle River, Prentice-Hall, 1973, pp. 20-22.

[6] MACCORMICK / GARLAND, "Sovereign States and Vengeful Victims: The Problem of the Right to Punish", en ASHWORTH / WASKI (eds.), *Fundamentals of Sentencing Theory: Essays in Honour of Andrew von Hirsch*, Oxford, Clarendon Press, 1998. La definición de pena de GROCIO es bastante similar, de modo que no debería ser un problema trasladar sus apreciaciones a nuestra discusión en torno al castigo. Según GROCIO, "*[p]unishment taken in its most general meaning signifies the pain of suffering, which is inflicted for evil actions*" ("la pena, en su sentido más general, significa la carga del sufrimiento que es impuesta por realizar acciones malas"), GROCIO, *supra* nota 3, p. 221.

[7] ANSCOMBE, *supra* nota 2, p. 163.

más modesta de por qué *solamente* el Estado, y no otros individuos, pueden castigar. Esta pregunta puede ser fácilmente respondida en términos de utilidad o necesidad política.[8]

Bajo la presunción de castigo, la existencia de estándares de lo bueno y lo malo, de lo correcto y lo incorrecto, implica la existencia de castigo porque es precisamente la posibilidad del castigo lo que confirma la normatividad social.[9] De ahí que mientras existan crímenes ha de haber castigos y mientras comprendamos a los individuos como titulares de derechos subjetivos muy valiosos, la violación grave de dichos derechos debe gatillar la posibilidad del castigo en la medida en que exista un sujeto a quien pueda reprochársele dicha afectación.[10] En consecuencia, la decisión de si establecer o no la práctica del castigo no depende de una opción de los agentes políticos, sino que nuestro espacio de acción reside en determinar nuestras normas de comportamiento recíproco, e identificar las oportunidades apropiadas del castigo así como sus formas y medidas. De nuevo, como no hemos creado el castigo, no tenemos que gastar demasiado tiempo explicando qué es lo que nos legitima para participar de esta práctica.[11]

Dado que este punto de vista sobre el castigo constituye una presunción, se puede encontrar alguna prueba de su existencia pero se carece de un debate contemporáneo explícito sobre su plausibilidad. En efecto, la presunción se hace claramente visible precisamente por el hecho de que la segunda parte del desafío de justificación del castigo, esto es, la cuestión de la legitimación política, no es una preocupación para la gran mayoría de las teorías de la pena. Si no viviéramos

[8] En el primer sentido, véase HAREL, "Why Only the State May Inflict Criminal Sanctions: The Case against Privately Inflicted Sanctions", en *Legal Theory*, vol. 14, n.º 2, 2008, pp. 113-133. En relación con la idea del castigo como una manera en la que el Estado se constituye a sí mismo, véase WEBER, "The Profession and Vocation of Politics" en LASSMAN / SPEIRS (eds.), *Weber: Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press,1994, p. 309. FOUCAULT, *The History of Sexuality, Volume 1: An Introduction* (trad. Robert HURLEY), Nueva York, Vintage, 1990, pp. 133-45.

[9] Por supuesto, habrá desacuerdo sobre qué constituye una infracción relevante, pero podemos encontrar maneras satisfactorias de lidiar con dicho desacuerdo. Véase WALDRON, *Law and Disagreement*, Nueva York, Clarendon Press Oxford, 1999, cap. 8.

[10] El principal recurso teórico para determinar si la pena es apropiada sería, en consecuencia, una teoría o un principio de criminalización. Véase HUSAK, *supra* nota 1.

[11] Esto se erige en contraste con otras áreas de gobierno. En el caso del derecho tributario, p. ej., es claro que la regulación es una convención política y, en cuanto tal, la existencia misma de la práctica de tributar ha sido puesta en cuestión y no solo las reglas sustantivas de un esquema tributario en particular. Por otra parte, se ha sostenido que el derecho penal es menos demandante en términos de legitimidad en la medida en que la mayoría de los deberes que impone son vinculantes con independencia del arreglo político, es decir, son deberes pre-políticos. Véase, en este sentido, SIMMONS, *Moral Principles and Political Obligations*, Princeton, Princeton University Press, 1981, pp. 195-201; COPP, "The Idea of a Legitimate State", en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 28, n.º 1, 1999, pp. 3-45.

bajo dicha presunción, este desafío sería un asunto primordial en todas las reflexiones en torno a la legitimidad del derecho penal.

A pesar de esto, es posible encontrar una formulación algo más explícita de la presunción de castigo en algunas concepciones contemporáneas de la idea de impunidad, que la han entendido como un déficit político y moral.[12] De acuerdo con estas perspectivas, no es solo la imposición de una pena lo que requiere de justificación, sino también la falta de imposición.[13] Aquí, el poder penal es entendido como un deber o una deuda del Estado o a veces de la comunidad internacional, en vez de como una modalidad o técnica puramente contingente de gobierno. En otras palabras, el castigo es comprendido como una demanda trascendental de la justicia. Incluso para académicos comprometidos con una aproximación crítica al derecho penal, es inconcebible que el castigo no se encuentre disponible como una respuesta a las infracciones más serias y no controvertidas. Entonces, para la mayoría de dichos autores, los problemas sociales que están casi siempre presentes en nuestros sistemas penales no despiertan un problema filosófico específico, sino que más bien ponen en evidencia el carácter trágico del castigo, o la urgencia de implementar políticas que atiendan dichos problemas sociales.[14]

En suma, el castigo ha sido naturalizado al punto de que lo vemos como parte de cómo las cosas son, en vez de comprenderlo como algo que hemos creado haciendo uso de nuestra imaginación, así como de nuestras inclinaciones y capacidades físicas y tecnológicas.[15] Esta comprensión del castigo modifica el principio de justificación al que da origen la presunción de libertad, pues el castigo es visto como una instancia de poder político solo en la medida en que es

[12] Un ejemplo destacado de la fuerza de la retórica de la impunidad puede encontrarse en el Preámbulo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, del 17 de julio de 1998.

[13] SILVA SÁNCHEZ, "Doctrines Regarding the Fight against Impunity and the Victim's Right for the Perpetrator to Be Punished", en *Pace Law Review*, vol. 28, n.º 4, 2007, pp. 865-884.

[14] Incluso DUFF sostendría que cuando se trata de delitos *mala in se* no controvertidos, podríamos tener permiso para castigar sin perjuicio de la injusticia social y política a que haya sido sometido el infractor por parte de la comunidad política. Véase DUFF, "Legitimacy of the Criminal Trial", *supra* nota 2, p. 136; DUFF, "I Might Be Guilty, but You Can't Try Me", *supra* nota 2, p. 259; DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, *supra* nota 2, cap. 5. En relación con la naturaleza trágica del castigo, véase GARLAND, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1993, cap. 12.

[15] Véase O'DONOVAN, *The Ways of Judgment*, Cambridge: Wm. B. Eerdmans Publishing, 2005, p. 113. Hay otras explicaciones para este giro hacia una comprensión del castigo como algo por lo que la comunidad no es responsable. P. ej., ALLEN ha sostenido que este cambio en nuestra comprensión del castigo habría sido resultado de que la rabia ya no es considerada un asunto de la comunidad política. ALLEN, "Democratic Dis-Ease: Of Anger and the Troubling Nature of Punishment", en BANDES (ed.), *The Passions of Law*, Nueva York, NYU Press, 1999, p. 205.

ejercido por agentes políticos y no como algo que dichos agentes crean de manera deliberada y quizás innecesaria. De esto se sigue que lo que debemos justificar no es la legitimación del Estado para establecer la práctica, sino la manera en la que la administra y las finalidades que persigue. Entonces surge la pregunta de si acaso hay buenas razones para seguir atados a esta presunción como si fuera cierta. Pero ¿cómo empezar una discusión sobre las razones que fundan esta presunción cuando ha sido tan efectiva que ni siquiera la hemos notado?

Es difícil encontrar argumentos sobre un problema que no ha sido considerado como un problema, de modo tal que lo que me propongo hacer a continuación es revisar los argumentos sobre la naturaleza del castigo que fueron usados cuando esto sí era considerado un problema filosófico importante en nuestra tradición de pensamiento. Invocando la retórica de GROCIO de nuevo, "¿Por dónde empezar, sino por el mismísimo principio?"[16]

III. El debate sobre el castigo en la modernidad temprana

Probablemente la noción contemporánea de que a los delitos ha de seguirles un castigo, surgió de la idea de que los individuos tienen un derecho natural a castigar, una idea que fue afinada en la modernidad temprana. En efecto, la defensa más explícita de una visión naturalizada del castigo en el pensamiento occidental puede encontrarse en discursos fundacionales del liberalismo, como la teoría de los derechos naturales desarrollada tanto por GROCIO como por LOCKE. Básicamente ambos filósofos sostuvieron que el poder de castigar confirmaba la existencia misma de los derechos individuales y, dado que los derechos individuales eran vistos como parte de las posesiones pre-políticas de los individuos, también el derecho a castigar debía ser un derecho pre-político.[17]

Es cierto que la idea misma de derechos individuales venía evolucionando desde mucho antes que el siglo XVI, pero en la modernidad temprana, esto es, durante los siglos XVI y XVII, hubo un giro particular en la manera de comprender estos derechos que fue determinado precisamente por la idea del castigo.[18] En breve, este fue un momento de transición hacia una visión moderna

[16] GROTIUS, *Commentary on the Law of Prize and Booty*, Indianapolis, Liberty Fund, 2006, p. 19.
[17] Para un análisis general de este debate, véase TUCK, *The Rights of War and Peace: Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, Nueva York, Oxford University Press, 1999.
[18] TIERNEY, *The Idea of Natural Rights,* Grand Rapids, Wm B Eerdmans, 1997, pp. 45, 88–89, 342; TUCK, *supra* nota 17, pp. 81, 170-71.

del individuo en que lo más determinante no fue la idea de que los individuos tienen derechos pre-políticos, sino la imagen de un individuo poderoso cuyos derechos traían consigo el permiso para castigar sus violaciones más serias.[19] Fue este poder de castigar lo que configuró la prioridad de los derechos por sobre los deberes y así consolidó un discurso sobre el ser humano que la filosofía moderna presentaba como un giro casi revolucionario frente a la visión medieval del individuo, la que entendía al sujeto como un ser teleológico y esencialmente gobernado por deberes.[20] Estas discusiones contienen argumentos explícitos sobre el castigo como una característica necesaria de la moralidad antes que como una creación humana artificial, de modo que ha de ser aquí donde fueron concebidas las razones actuales para reputar como cierta la presunción de castigo.

Por supuesto que las circunstancias históricas y geopolíticas de los siglos XVI y XVII facilitaron el surgimiento de esta nueva imagen del individuo y su conexión con el poder de castigar.[21] El debate, de hecho, tuvo lugar en el contexto de un amplio proceso de colonización que varios Estados europeos estaban llevando adelante, así como de una amenaza permanente de guerra que fue consecuencia del nuevo orden político europeo en el que la Iglesia Católica ya no podía jugar un rol unificador.[22] La presunción de castigo apareció como una solución normativa a ciertos problemas a que dieron lugar estas circunstancias. En primer lugar, la creencia en un derecho natural para castigar proporcionó una justificación para la colonización europea y el uso de mecanismos violentos para el aseguramiento de nuevas rutas de comercio.[23] Esto fue así porque los europeos de aquella época pensaron que tenían derecho a castigar las violaciones del derecho natural que según ellos eran cometidas por personas sobre quienes carecían de autoridad civil, como los habitantes del Nuevo Mundo. Este supuesto derecho natural de castigar infractores del orden moral natural fue traducido en un título de guerra justa y en un permiso para colonizar.[24]

[19] Y aun cuando esta perspectiva estaba destinada al olvido, hacia el final del siglo XIX, recuperó influencia luego de la Segunda Guerra Mundial. Véase TIERNEY, *supra* nota 18, p. 345.
[20] TIERNEY, *supra* nota 18, p. 333.
[21] Para una versión más completa sobre esto, véase TUCK, *supra* nota 17.
[22] Europa entonces estaba organizada en varias comunidades políticas que todavía no encontraban un lenguaje normativo común que los pudiera ayudar a resolver sus conflictos sin tener que recurrir a la guerra o a la fuerza bruta. TIERNEY, *supra* nota 18, pp. 288-89, 345.
[23] Un análisis completo de este debate puede encontrarse en TUCK, *supra* nota 17.
[24] Véase GROTIUS, *supra* nota 16, pp. 372-78; VITORIA, *Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, pp. 272-75.

Adicionalmente, la necesidad de encontrar un lenguaje normativo común para fortalecer la posibilidad de la paz entre las naciones europeas también pudo ser un factor para esta nueva visión sobre el individuo, dado que esta descansaba en argumentos seculares que hacían innecesarias las explicaciones religiosas que se habían vuelto tan controvertidas desde la Reforma Protestante y la Contra Reforma de la Iglesia Católica.[25] La retirada de la religión como un espacio en que se podían encontrar respuestas universales habilitó un tránsito desde la idea de deberes y hacia la idea de derechos, así como también el surgimiento de una noción de individuo como la fuente de todo poder político, pues estas nociones podían ser universalizadas a pesar de las distintas preferencias religiosas. En suma, era en las cualidades morales naturales de los individuos donde residía el origen de todo poder y no en su pertenencia a una determinada comunidad.[26]

El contexto histórico de este giro filosófico, por supuesto, no dice nada concluyente sobre la plausibilidad de la idea de que los individuos tienen un derecho natural a castigar, pero es útil para no perder de vista que esta idea fue concebida en el contexto de una discusión sobre autoridad política. Esencialmente, es una idea que fue usada para disolver un supuesto problema de legitimación que habría afectado a los europeos en el uso de la fuerza en contra de otras comunidades. Esto, por supuesto, también tuvo un impacto en la manera en que el poder político y el poder penal se comprendían en el nivel interno. Consideremos entonces los términos de esta discusión.

El debate sobre el derecho natural a castigar puede ser presentado a través de dos posturas opuestas. Un lado del debate estaba conformado por quienes entendían al castigo como un acto de poder político que siempre requería una relación de autoridad para ser permisible. P. ej., el filósofo escolástico VITORIA sostuvo explícitamente que el poder temporal de castigar requiere de jurisdicción civil, esto es, de una relación de subordinación política entre las partes involucradas. VITORIA desarrolló este punto de vista mientras discutía si acaso la colonización europea podía ser justificada como una forma de castigo de los pecados cometidos por los colonizados.[27] De acuerdo con VITORIA, los europeos no tenían legitimación para castigar aquellos sobre quienes no tenían una relación de autoridad civil, de modo tal que no podían castigar a los pecadores del Nuevo

[25] SCHNEEWIND, *The Invention of Autonomy: A History of Modern Moral Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p.7; PLAMENATZ, *Man and Society, Vol. 1*, City: Longmans, Green, 1963, p. 58; TUCK, *supra* nota 17, p. 85.
[26] TIERNEY, *supra* nota 18, p. 52.
[27] VITORIA, *supra* nota 24, caps. XII–XIV.

Mundo, ni siquiera bajo la autoridad del Papa, porque el Papa tampoco tenía poder para castigar a quienes no se encontraban bajo su jurisdicción.[28] En suma, dado que para VITORIA el castigo está esencialmente ligado a la existencia de una relación de autoridad política justificada, las instancias de fuerza que eran empleadas fuera de este tipo de relación debían ser o bien actos de hostilidad o bien instancias de un derecho a defenderse.[29]

El lado opuesto del debate lo constituían quienes sostenían que el castigo era un atributo natural de los seres humanos y, como tal, no había necesidad de una relación de autoridad para que el castigo fuera permisible. El poder de castigar originalmente poseído por cada individuo era visto, en efecto, como la fuente principal del poder político. Como veremos, este punto de vista aparece representado con mucha claridad en el trabajo de GROCIO y de LOCKE. GROCIO abiertamente objetaba la postura de VITORIA y defendía un derecho natural a castigar que tenía ciertas características que lo volvían adecuado para justificar el comportamiento internacional de los holandeses, el que por cierto involucraba aspectos muy problemáticos de cara a los principios de la época que regulaban las relaciones internacionales.[30] De acuerdo con GROCIO, un título justo para declarar la guerra a otros eran sus infracciones a la ley natural, incluso cuando estas no hubieran causado perjuicio alguno a quienes les declaraban la guerra. Esto era así porque para GROCIO el derecho a declarar la guerra y atacar a otra nación podía ser entendido como una instancia del derecho natural a castigar infracciones de la ley natural. En tanto derecho natural, el ejercicio de un castigo no exigía ninguna estructura institucional en particular.[31]

La defensa sustantiva de un derecho natural a castigar, de acuerdo con la formulación de GROCIO y LOCKE, descansaba en tres argumentos: 1) la autoridad política es superflua en el sentido de que todos sus poderes legítimos debían haber pertenecido a los individuos en un primer momento y, en consecuencia, si el Estado puede castigar, entonces los individuos han de haber tenido esta capacidad previamente, 2) si no existiera un derecho natural a castigar, los gobiernos

[28] Según VITORIA, los poderes temporales del Papa solo pueden ejercerse sobre aquellos que se han sometido a la fe, de modo tal que el Papa carece de poder sobre los no creyentes, VITORIA, *supra* nota 24, pp. 258–264.
[29] HOBBES, *supra* nota 5, caps. XXVIII; PUFENDORF, *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, pp. 158-162.
[30] Básicamente, el problema surgió por el hecho de que los holandeses estaban: 1) llevando adelante una guerra ofensiva para promover sus intereses comerciales sin un título o justificación reconocible; y 2) llevando adelante una guerra sin una estructura o autoridad política reconocible. TUCK, *supra* nota 17, p. 81; GROTIUS, *supra* nota 3, caps. XX, XL.
[31] TUCK, *supra* nota 17, pp. 85, 103; GROTIUS, *supra* nota 3, caps. XX, XL; GROTIUS, *supra* nota 16, p. 137.

no estarían moralmente autorizados para castigar a extranjeros que cometen delitos en su territorio y 3) el derecho natural debe ser eficaz para ser derecho en un sentido genuino y esto implica que debe incorporar el poder de castigar las infracciones en su contra. La presunción de castigo expresa el triunfo de este lado del debate, de modo tal que, a efectos de ponerla en cuestión, a continuación revisaré cada uno de estos tres argumentos.

a. El carácter superfluo de la autoridad política

Tanto GROCIO como LOCKE sostuvieron que todos los poderes de un gobierno civil debían proceder de los individuos porque la autoridad política resulta de un acuerdo entre los gobernados y las personas, que solo pueden transferir derechos que poseen. Siguiendo con el argumento, dado que las autoridades políticas castigan, los individuos tienen que haber tenido un poder de castigar previo a la constitución de la sociedad civil.[32] De acuerdo con esta aproximación, la autoridad política es superflua en el sentido de que los oficiales públicos no pueden poseer más derechos que aquellos que hubieran sido previamente poseídos por cada individuo particular de la comunidad política.[33] Como consecuencia, la estructura política representa sencillamente una re-ubicación de derechos y no da origen a nuevas realidades normativas. De ahí que podamos aprender sobre las capacidades naturales de los individuos si observamos lo que hacen las instituciones políticas.[34]

Por supuesto que es discutible que toda teoría de la sociedad civil según la cual el poder del Estado está constituido por el consentimiento de los gobernados, deba también adherir a la idea de que las instituciones son normativamente superfluas en el sentido de que todas sus capacidades y estándares normativos han de haber sido parte de una moralidad pre-política. En efecto existen teorías consensuales del Estado bastante plausibles que no adhieren a este punto de vista y que de hecho sostienen que el poder de castigar solo puede surgir en el contexto de una sociedad política ya constituida. Las teorías de HOBBES y PUFENDORF son dos buenos ejemplos. Ambos sostienen que la constitución de una sociedad civil provee las condiciones sobre las cuales pueden surgir ciertos poderes, como el poder de castigar. De modo que aun cuando ambos filósofos comprendían al poder político como un poder que se originaba en las características pre-políticas

[32] GROTIUS, *supra* nota 16 en Prolegomena, 136-37; TUCK, *supra* nota 17, p. 85.
[33] SIMMONS, "Locke and the Right to Punish", en COHEN et al (eds.), *Punishment: A Philosophy & Public Affairs Reader*, Princeton, Princeton University Press, 1995, p. 221.
[34] TUCK, *supra* nota 17, p. 85.

de los seres humanos, esto no implicaba para ellos que las capacidades específicas de las autoridades políticas debieran ser las mismas que las capacidades pre-políticas de los individuos. En este sentido, PUFENDORF sostuvo que el derecho a castigar requiere de una relación de autoridad que está ausente antes del pacto civil, pues antes del pacto civil estamos en un estado de perfecta igualdad natural.[35]

Para HOBBES, la constitución del poder soberano proveía la condición básica de seguridad y confianza que hacía posible el surgimiento de ciertos estándares y expectativas normativas, de modo tal que para él el castigo ejecutado fuera de una relación política solo podía ser una instancia de hostilidad.[36] Esto podría parecer contradecir la propia visión de HOBBES sobre el castigo en cuanto señala que la fuente del poder de castigar del soberano reside en su propio derecho natural a hacer todo lo necesario para su auto-preservación.[37] Sin embargo, de acuerdo con HOBBES, en un contexto carente de confianza sobre el comportamiento de los demás, el derecho básico que tenemos de hacer todo lo que estimemos necesario para protegernos a nosotros mismos no nos da ningún tipo de reclamo moral sobre los demás. Es precisamente la institución del soberano la que transforma este derecho básico de auto-preservación en una práctica de justicia, en vez de un acto de hostilidad.[38] En palabras del propio HOBBES:

[35] En sus propias palabras, "*it is impossible to conceive how [...punishment] already existed in a state of nature where no man is subject to another*", PUFENDORF, *Of the Law of Nature and Nations* (trad. CH / WA OLDFATHER), Oxford, Oxford University Press, 1934, p. 1160. A su entender, no habría nada problemático en la idea de que un poder que se origina en una transferencia pueda ser diferente de lo transferido. Él sostiene que tal como la mezcla de entidades materiales puede dar lugar a sustancias completamente nuevas, del mismo modo entidades morales pueden dar origen a entidades que pueden reducirse a sus partes (p. 249).

[36] De acuerdo con HOBBES, p. ej., no puede haber un derecho a castigar en el estado de naturaleza. Esto es así porque los derechos y deberes morales solo pueden surgir bajo la existencia de una autoridad que sea capaz de proveer suficiente seguridad respecto del comportamiento recíproco de los seres humanos. En consecuencia, un derecho a castigar solo puede surgir una vez que se haya establecido a un soberano capaz de proveer dicha seguridad, mientras esto no haya ocurrido un aparente castigo solo puede representar un acto de hostilidad y no el ejercicio de un derecho. HOBBES, *supra* nota 5, caps. XIII y XIV. Véanse en este sentido las restricciones conceptuales a la idea de castigo que HOBBES formula en el capítulo XXVIII de *Leviathan*. Todas estas restricciones parten de la premisa de que la pena solo puede ser ejercida por una autoridad pública. No se trata aquí de la estipulación de *definitional stops,* en el sentido propuesto por HART, sino consecuencias lógicas de la premisa de que no puede haber un derecho a castigar en un estado de naturaleza. Véase HART, "Prolegomenon to the Principles of Punishment", en HART (ed.), *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1968, p. 5.

[37] HOBBES, *supra* nota 5, cap. XXVIII.

[38] Agradezco a Jeremy WALDRON por llamar mi atención acerca de la necesidad de hacer esta aclaración.

En esta guerra de todos contra todos, se da una consecuencia: que nada puede ser injusto. Las nociones de derecho e ilegalidad, justicia e injusticia están fuera de lugar. Donde no hay poder común, la ley no existe: donde no hay ley, no hay justicia. En la guerra, la fuerza y el fraude son las dos virtudes cardinales.[39]

Una comprensión superflua de la autoridad política no parece entonces ser por lo menos un requisito analítico de toda teoría consensual o contractual sobre el Estado que apele a ser plausible. En efecto, es posible sostener que una comprensión superflua de la autoridad política es de hecho inconsistente con los mismísimos principios liberales que fundan las teorías contractuales del Estado, en la medida que una presunción de libertad debería exigir que ciertos derechos y deberes solo puedan surgir en el contexto de ciertos arreglos institucionales.[40] Pero más allá del valor filosófico de la idea de que la autoridad política es superflua, existe una pregunta anterior que vale la pena preguntar: ¿por qué habría de importarnos?

Asumamos por un momento que GROCIO y LOCKE están en lo correcto, en el sentido de que si el soberano puede castigar entonces los individuos deben haber poseído este poder con anterioridad y, de esta manera, la presunción de castigo ha de ser cierta. Para arribar a esta última conclusión, sin embargo, deberíamos primero sostener que los Estados pueden de hecho castigar. En otras palabras, GROCIO y LOCKE parecen partir de la premisa de que los Estados pueden castigar y, como consecuencia, esta capacidad ha de venir de la misma fuente que todas sus capacidades, esto es, del individuo. De esto se seguiría que los individuos deben tener un poder natural para castigar. Pero del hecho de que los Estados castiguen no se sigue nada respecto de la permisibilidad de la práctica, de modo que tampoco se sigue nada respecto de la naturaleza del poder de castigar. Incluso si fuera cierto que la autoridad política debe obtener cada uno de sus poderes de los atributos naturales de los individuos, si no contamos con una razón independiente para suponer que los Estados tienen permiso para castigar, el argumento no nos da razón alguna

[39] HOBBES, *Leviatán*, 2.ª ed., Fondo de Cultura Económica, 1980, cap. XIII, p. 104.

[40] Algunas preguntas básicas del liberalismo nos deberían hacer dudar de que el castigo es posible en un mundo de iguales que carece de una organización política legítima que permita determinar de manera vinculante los límites entre lo permitido y lo no permitido, adjudicar conflictos y aplicar los resultados de dichos procesos de adjudicación. LOCKE era consciente de estos problemas y es precisamente esto lo que gatilla su teoría política y su declaración en favor de la constitución de un gobierno civil como un remedio para estos problemas. Sin embargo, el reconocimiento que LOCKE hace de estos problemas no le impidió afirmar que, mientras no exista un soberano, todos los individuos tienen un *derecho* natural para castigar, a pesar de todos los problemas que esto pudiera implicar. LOCKE, *supra* nota 5, pp. 12-13.

para creer que los individuos tenían este poder antes de ingresar en el pacto civil. Proceder en modo contrario es derivar un deber de una cuestión de hecho.[41] Si la presunción de castigo ha de mantenerse debe ser por otra razón.

b. Castigar a extranjeros

Tanto GROCIO como LOCKE sostuvieron que sin un derecho natural para castigar no habría fundamento para castigar a extranjeros que cometen delitos en el territorio de un determinado Estado y, sin embargo, hacemos esto todo el tiempo.[42] Ambos pensaron que no había otra explicación disponible para esta instancia de castigo, porque dado que el consentimiento era la única fuente reconocible de autoridad política, y dado que no habría un acuerdo de esta naturaleza entre un extranjero y el Estado que lo castiga, el castigo ha de estar fundado en el derecho natural. En palabras del propio LOCKE,

"[S]i no fuera porque, en virtud de la ley de naturaleza, cada hombre tiene el poder de castigar las ofensas que se cometen contra ella, según lo que serenamente juzgue que es el castigo oportuno en cada caso, no veo cómo los magistrados de una comunidad podrían castigar a un ciudadano extranjero, nacido en otro país; pues en lo que a un ciudadano así se refiere, los magistrados no tienen más poder que el que, de manera natural, cada hombre puede tener sobre otro hombre".[43]

Tal como en el caso de la visión superflua de la autoridad política, esta también es una práctica basada en un argumento que sufre de la falacia normativa de derivar un deber de un juicio de hecho, pero en vez de descartar el argumento por consideraciones metodológicas, consideremos si acaso hay un punto más profundo que debamos atender.

---

[41] Véase en este sentido la crítica que ROUSSEAU formula en contra de la metodología filosófica de GROCIO. ROUSSEAU, *The Basic Political Writings* (trad. Donald A. CRESS), Indianapolis, Hackett, 1987.

[42] LOCKE, *supra* nota 5, p. 47; GROTIUS, *supra* nota 16, p. 137. Es sorprendente cuán similares son sus argumentos y, aun así, no es claro que hayan tenido la oportunidad de leer sus trabajos. En relación con la posibilidad de que este sea un caso genuino de convergencia intelectual, véase TUCK, *supra* nota 17, p. 82.

[43] Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Tecnos, 2006, p. 15. Véase también a GROCIO: "*[T]he state inflicts punishment for wrongs against itself, not only upon its own subjects but also upon foreigners; yet it derives no power over the latter from civil law, which is binding upon citizens only because they have given their consent; and therefore, the law of nature, or law of nations, is the source from which the state receives the power in question. (…) For the cause of punishments is a natural cause, whereas the state is the result, not of natural disposition, but of an agreement*", GROTIUS, *supra* nota 16, p. 137.

El problema de castigar a extranjeros que cometen delitos en el territorio de un Estado que pretende aplicar su ley penal sobre ellos, puede dividirse en dos partes. Primero está la pregunta de si acaso los extranjeros tienen alguna relación política con el Estado que visitan de modo tal que este pudiera tener autoridad para castigarlos. Y luego, si consideramos que no existe tal relación política, surge la pregunta de si acaso el hecho de que en todo caso las leyes penales suelen aplicarse sobre ellos da una razón para pensar que los individuos tienen un derecho natural a castigar. Analizaré ambos puntos en orden.

La respuesta a la pregunta de si acaso hay una relación de autoridad política entre un Estado y un extranjero de modo tal que el primero tenga autoridad para castigar al segundo, depende tanto de la teoría de autoridad política que uno favorezca, como del estatus específico que posea el extranjero en cuestión. Discurrir en torno a las teorías de autoridad política y aplicarla a los distintos estatus migratorios que pueda poseer una persona excede los límites de este artículo.[44] De modo tal que lo que haré es concentrarme en la visión de GROCIO y LOCKE sobre este punto a efectos de comprender de la mejor manera posible su argumento sobre la naturaleza del poder de castigar.[45]

Como veremos, es sorprendente que ambos filósofos pensaran que era imposible fundar la autoridad del soberano para castigar delitos cometidos por extranjeros en su territorio, pues las teorías políticas contractualistas como las de GROCIO y LOCKE tienen buenos recursos para aseverar precisamente lo contrario.[46] En efecto, es posible sostener que mediante el ingreso voluntario en el territorio de un determinado Estado, los extranjeros tácitamente consienten respetar sus reglas y dado que tanto GROCIO como LOCKE pensaban que el consentimiento tácito

[44] Véase en general DUFF, "Responsibility, Citizenship and Criminal Law", en DUFF / GREEN (eds.), *The Philosophical Foundations of the Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 125; ZEDNER, "*Is the Criminal Law Only for Citizens? A Problem at the Borders of Punishment*", en FRANKO AAS / BOSWORTH (eds.), *The Borders of Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 40.

[45] Por supuesto que la distinción entre un extranjero y un ciudadano no puede trazarse de manera demasiado sencilla. Existen muchas categorías legales bastante complicadas que definen diferentes tipos de relación en que un individuo puede encontrarse frente a un determinado Estado, p. ej., uno puede ser un turista, un extranjero con permiso de trabajo, un representante de otro Estado, un residente permanente extranjero, etc., y estos diferentes estatutos implicarán distintas expectativas y deberes con el Estado en cuestión. Para seguir adelante con el argumento central de este artículo, voy a esquivar esta complejidad y me concentraré en el caso de huéspedes que van pasando por un territorio y no tienen una especial relación de subordinación con el Estado anfitrión, pues este parece ser el caso que LOCKE y GROCIO tenían en mente.

[46] LOCKE, *supra* nota 5, pp. 10-11; GROTIUS, *supra* nota 16, p. 137.

era fundamento suficiente para la autoridad política de un Estado, no es claro por qué habrían considerado problemático el caso de castigar a extranjeros.[47]

Incluso si uno no está de acuerdo con la capacidad del consentimiento de fundar la autoridad política sobre un ciudadano regular, esta parece una teoría algo más plausible en el caso específico de la autoridad del Estado para castigar a un extranjero. Para la mayoría de los ciudadanos, el consentimiento no es una fuente muy prometedora para afirmar la legitimación de un Estado para gobernarlos, pues los ciudadanos en general tienen pocas chances de decidir si acaso formar parte o no del contrato social. En su caso, el consentimiento tácito tendría que ser derivado del mero hecho de "vivir bajo el dominio" de un determinado soberano, pero como HUME lo sostuvo, la circunstancia de vivir bajo el dominio de alguien vuelve implausible la idea de consentimiento tácito como fuente de autoridad:

Un consentimiento implícito de tal naturaleza solo podría tener lugar cuando un hombre imagina que el asunto depende de su voluntad. Pero cuando el hombre piensa (como lo hacen todos los que nacen bajo gobiernos ya establecidos) que por su solo nacimiento él debe lealtad a cierto príncipe o a cierta forma de gobierno, sería absurdo inferir un consentimiento o una opción a la que el hombre expresamente renuncia, en estos casos.

¿Podemos seriamente decir que un campesino pobre o un artesano tienen libertad de opción para abandonar su país, cuando no conocen lenguaje extranjero alguno o costumbres, y viven al día con los pequeños salarios que obtienen de su trabajo? Si así fuera, podríamos entonces decir que un hombre, por permanecer en un barco, libremente consiente a someterse al dominio del capitán, aun si hubiera sido llevado a bordo mientras dormía y si para dejar el navío debería lanzarse al océano y morir.[48]

Podría ser, sin embargo, que a diferencia de lo que ocurre con un ciudadano regular, el consentimiento tácito pudiera ser suficiente para fundar la relación de autoridad más frágil y transitoria que existe entre un extranjero y el Estado anfitrión. Esta relación difiere radicalmente de la relación política indeterminada y amplia que tiene lugar entre un individuo y las instituciones que gobiernan su vida regularmente. De modo tal que, en contra de lo que pensaron GROCIO y

[47] SIMMONS, *supra* nota 33, p. 236.
[48] HUME, *Moral Philosophy*, Indianapolis, Hackett, 2006, p. 367. Traducción libre de la autora.

LOCKE, parece que sería precisamente en el caso de los extranjeros en donde las teorías consensuales de la autoridad del Estado funcionarían mejor. Para ponerlo, de nuevo, en palabras de HUME:

"El más genuino caso de consentimiento tácito que puede ser observado, es cuando un extranjero se instala en otro país, y conociendo a su gobierno y sus leyes sabe que deberá someterse a estas. Sin embargo, tenemos menos expectativas de lealtad, que la de un ciudadano regular, a pesar de que la del primero es más voluntaria que la del segundo".[49]

Pero recuérdese que el argumento tiene dos partes. Primero, la falta de autoridad entre un soberano y un forastero y, segundo, la cuestión de si acaso el hecho de castigar a extranjeros da una razón para sostener que los individuos tienen un derecho natural a castigar. Sabemos que en el contexto de las teorías contractualistas de la autoridad política, no es tan claro que el Estado carezca de autoridad para castigar extranjeros, pero para evaluar la segunda parte del argumento supongamos que GROCIO y LOCKE estaban en lo cierto, en el sentido de que no hay relación de autoridad entre un Estado y un forastero, ¿debería esto decirnos algo sobre la naturaleza del poder de castigar?

De acuerdo con GROCIO y LOCKE, la ausencia de una relación de autoridad muestra que los individuos tienen un derecho natural a castigar delitos, pues de otro modo sería imposible entender sobre qué base las comunidades políticas castigan a extranjeros. Pero de nuevo, para que este argumento funcione, ellos todavía tienen que mostrar que el Estado puede, de hecho, castigar a extranjeros. Y en este caso ni siquiera una apelación a la práctica nos puede ayudar demasiado a reforzar este argumento, pues nuestras prácticas legales expresan una cierta ambivalencia frente a la posibilidad de castigar a extranjeros mediante, p. ej., las instituciones de deportación y la excusa del error de prohibición. De modo tal que más allá de que el problema de la legitimación para castigar extranjeros pueda ser nada más que un problema ilusorio para teorías contractualistas como la de GROCIO y LOCKE, en cualquier caso la mayoría de nuestros sistemas legales sí han expresado dudas frente a la posibilidad de castigar extranjeros. Si hubiera buenas razones para creer en un derecho natural para castigar, sería de esperar que esta ambivalencia no hubiera surgido.

[49] HUME, *supra* nota 48, p. 368. Traducción libre de la autora.

c. La eficacia de los derechos

Finalmente, se sostuvo que el derecho natural y los derechos individuales deben incorporar un derecho para castigar sus infracciones más serias, pues sin este poder de castigar los derechos naturales serían nada más que creaciones intelectuales vacías y superfluas sin una eficacia o significado relevante. Como consecuencia, negar la existencia de un derecho natural a castigar equivaldría a negar la existencia de derechos individuales pre-políticos, entendidos como posesiones morales a partir de las cuales podemos valorar y criticar nuestras instituciones.[50]

Tanto GROCIO como LOCKE sostuvieron que el derecho natural debe ser ejecutable para ser un derecho genuino y, por esta razón, el poder de castigar debe estar disponible para el titular del derecho como mecanismo de ejecución.[51] De acuerdo con LOCKE, p. ej., los seres humanos, en tanto criaturas de Dios, están obligados a respetar la ley natural y preservar la humanidad, lo que implica que antes del establecimiento de instituciones políticas, la capacidad de ejecutar esta ley es igualmente poseída por todos y cada uno de nosotros.[52] Este deber general de preservar la especie humana mediante la ejecución de la ley natural se materializa a través de dos derechos: el derecho a castigar y el derecho de la víctima a exigir reparación.[53] De aquí surge, en consecuencia, la fuente de legitimación del poder penal del Estado: si el castigo no estuviera disponible como mecanismo de ejecución de la ley natural, entonces esta no podría ser reconocida como un sistema normativo genuino y relevante, ni tampoco podríamos mantener la visión del individuo promovida por la filosofía de la modernidad temprana.[54]

Traducido en un lenguaje más contemporáneo, el argumento consiste en que los derechos pre-políticos de los individuos deben ser ejecutables mediante el castigo si pretendemos que sean el tipo de entidad que valoramos tan encarecidamente como límites y fines de la acción política. Desde este punto de vista, el castigo legal aparece como la expresión institucional de un elemento natural de nuestra moralidad que tiene como objetivo proteger la integridad del individuo. La

[50] En términos de LOCKE, negar la capacidad de hacer ejecutar la ley natural mediante una pena implicaría negar la existencia misma de la ley natural. LOCKE, *supra* nota 5, pp. 9-10.
[51] LOCKE, *supra* nota 5, pp. 9-10; GROTIUS, *supra* nota 16 en Prolegomena, pp. 21, 27, 30-32. Para un análisis clarificador de la manera en que este argumento aparece en GROCIO, véase TUCK, *supra* nota 17, pp. 84-86.
[52] LOCKE, *supra* nota 5, cap. II.
[53] LOCKE, *supra* nota 5, p. 11.
[54] LOCKE, *supra* nota 5, pp. 13-14; GROTIUS, *supra* nota 16, pp. 21-31.

cuestión de la autoridad para castigar entonces no es un asunto primordial para su permisibilidad, como sí lo es la necesidad de que los derechos sean ejecutables mediante una respuesta coactiva frente a sus lesiones y limitaciones ilegítimas.

Pero, ¿qué tan plausible es esta idea? Según una visión liberal de los individuos, estos son poseedores de una serie de cualidades morales que llamamos derechos y que constituyen una de sus pertenencias más valiosas. Una expresión del valor que tienen estas posesiones es nuestra convicción de que el mundo ha de ser organizado de una manera tal que dichos derechos sean protegidos y promovidos. ¿Se sigue de lo anterior que estos derechos deben venir con un poder de castigar? ¿Serían estos derechos entidades vacuas y carentes de significado si su infracción no dotara del poder de responder mediante un castigo? En lo que queda de esta sección sostendré que la respuesta a estas preguntas reside en la diferencia que existe entre la fuerza defensiva y la fuerza punitiva. Una vez que nos situamos en el contexto de esta distinción, la presunción de libertad debería implicar que los derechos individuales pre-políticos no necesitan de un derecho a castigar sus infracciones para poder ser el tipo de atributo moral que esperamos que sean.

Recuérdese que más arriba estipulé una definición de castigo como imposición deliberada de un mal que es consecuencia de un comportamiento no permisible y que no tiene como finalidad restituir a la víctima a la posición en que se encontraba antes de la comisión del delito.[55] En consecuencia, el castigo no es un ejercicio de fuerza primariamente dirigido a proteger los derechos de una persona frente a una agresión específica, sino, ante todo, una respuesta a una agresión o infracción que ya ha tenido lugar. Desde el punto de la protección de los derechos que se ven afectados por la comisión de un crimen, el castigo siempre llega tarde. En contraste, la fuerza defensiva mira siempre hacia el futuro, en el sentido de que tiene como fin prevenir la ocurrencia de la violación de un derecho y como consecuencia es inmediatamente gatillada por una amenaza o peligro y no necesariamente por una conducta que ya haya producido un daño.

Por supuesto que uno puede trazar un continuo entre castigo y defensa como mecanismos que tienen como fin la protección de la integridad de valores morales. En efecto, una de las racionalidades más populares para el castigo es la prevención mediante la disuasión o la incapacitación, de modo tal que una distinción entre ambas formas de fuerza puede ser a veces

[55] MACCORMICK / GARLAND, *supra* nota 6.

difícil de fijar.[56] Sin embargo, el hecho de que estas prácticas converjan en sus objetivos no las vuelve equivalentes en tanto modos de interacción humana y, en consecuencia, pueden ser gobernadas por diferentes estándares normativos. P. ej., uno puede bajar de peso siguiendo un plan de alimentación o bien haciendo ejercicio, o ambos al mismo tiempo, pero se trata claramente de tipos de acciones diferentes cuya adecuada ejecución se encuentra sujeta a principios y reglas también diferentes. Del mismo modo, uno puede sostener que tanto el permiso legal para la legítima defensa como la pena del delito de homicidio son maneras de proteger el derecho individual a la vida, pero en tanto modos de interacción son muy diferentes y generan distintos desafíos normativos.[57]

En tanto modo de interacción, el castigo o las penas no pueden ser completamente explicados como instancias de defensa o protección, porque representan una respuesta a algo que ya tuvo lugar. En efecto, para quienes niegan la existencia de un derecho natural a castigar, es precisamente el aspecto no-defensivo del castigo lo que gatilla el requisito de autoridad política.[58]

---

[56] Agradezco a Jeremy WALDRON por llevar mi atención a este asunto y sugerir que clarificara esta distinción. El castigo puede prevenir futuros crímenes de diversas maneras. Puede hacerlo mediante la disuasión por intimidación, mediante la rehabilitación, la incapacitación, la educación moral, etc. En este sentido, el castigo puede ser un mecanismo de defensa, pero aunque esto sea cierto, el castigo seguirá siendo al mismo tiempo algo más que una pura defensa, porque por definición siempre ocurrirá como respuesta a una infracción ya ocurrida y es esto último lo que lo distingue frente a otras formas de defensa y coerción. Un derecho natural para defenderse no puede ser fundamento suficiente para un derecho a castigar, porque en tanto forma de interacción, un castigo siempre es moralmente distinto a una pura defensa en la medida que siempre implica además una respuesta a una infracción que ya tuvo lugar, y es precisamente el castigo en tanto forma de interacción lo que está siendo analizado en este artículo.

[57] Considérese que, en la mayoría de los sistemas legales, históricamente la auto-defensa ha sido reputada permisible mientras que las penas privadas no lo son. El castigo y la auto-defensa son ciertamente diferentes, el castigo no es una respuesta necesaria para proteger un cierto interés o derecho pues el daño ya ha sido causado. La lógica de la prevención por intimidación no es completamente una lógica pura de defensa, pues esta es una respuesta inmediata y necesaria destinada a prevenir un daño, en el sentido de evitar que este ocurra. Es cierto que ha habido algunos intentos por comprender el castigo estatal como una instancia de defensa social; véase en este sentido MONTAGUE, *Punishment as Societal-Defense*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1995. Desafortunadamente no tengo aquí ni el tiempo ni el espacio para dar una justa consideración a estas teorías, pero sí puedo decir que parece poco convincente sostener que las sociedades tienen derechos propios. Más bien estas son construcciones convencionales creadas para proteger y expandir los derechos de los individuos que las integran; cualquier intento de proveer a las sociedades con atributos morales propios de los individuos pone en riesgo esta función y nos coloca en un camino bastante peligroso para la vigencia de los derechos individuales.

[58] Bajo el razonamiento de VITORIA, p. ej., esta diferencia entre el poder de defenderse y el poder de castigar aparece con mucha claridad en la medida en que para él solo el uso de fuerza defensiva es un atributo moral de los individuos, esto es, solo este tipo de fuerza es permisible fuera de una relación política. VITORIA, *supra* nota 24, pp. 287-88. PUFENDORF también diferenció entre el derecho a castigar y el derecho a auto-preservarse como distintas formas de respuesta frente a una ofensa. Para él, el castigo no estaba disponible en un momento pre-político, mientras que la fuerza defensiva sí lo

Pero más allá de sus opiniones, desde un punto de vista analítico, la cuestión que quiero sostener es que la efectividad o ejecutabilidad de un derecho no *depende* de la posibilidad de castigar sus infracciones. Uno puede imaginar formas alternativas a través de las cuales es posible reconocer la importancia de los derechos, y esto implica que el argumento para defender el castigo como mecanismo de ejecución de nuestros derechos individuales ha de ser un argumento que justifique una opción y no una necesidad. Si esto es correcto, si la fuerza necesaria para dotar de sentido la idea de derecho no necesita ser la coacción que es propia del castigo, entonces lo estrictamente necesario puede ser simplemente la fuerza directa que se requiere para asegurar la vigencia de un derecho frente a una agresión inminente o actual.[59] En consecuencia, si uno aplica la distinción entre la fuerza ofensiva propia del castigo y la fuerza defensiva, uno podría sostener que la preocupación por la eficacia en tanto condición de existencia de un derecho puede ser suficientemente respondida mediante la dotación de un permiso general para proteger nuestros derechos mediante la fuerza, sin que debamos concedernos además un poder para castigar.

Para volver a nuestra pregunta sobre si acaso tiene sentido hablar de derechos individuales sin que estos conlleven un poder para castigar sus infracciones, imaginemos por un momento que los derechos conllevan un permiso para hacer uso de la fuerza a efectos de asegurarlos o protegerlos frente a agresiones actuales o inminentes, pero no para castigar sus infracciones. ¿Serían los derechos individuales una idea vana o vacía? ¿La posesión de derechos sería en vano aun a pesar de que esta otorga una autorización a los individuos para hacer uso de la fuerza contra sus iguales? Al

estaba. En efecto, PUFENDORF sostuvo que lo máximo que los individuos podrían hacer en un estado pre-político era la retaliación inmediata frente a una ofensa, lo que surge de un derecho a la auto-preservación y no de un derecho a castigar. PUFENDORF, *supra* nota 35, en libro VIII, cap. 3. Según PUFENDORF, para que la fuerza ofensiva implícita en el castigo pueda constituir una instancia de pena y no de hostilidad debía existir una relación de autoridad que está ausente en el estado de perfecta igualdad entre individuos que caracteriza la condición pre-política de los seres humanos. PUFENDORF, *supra* nota 35, en libro VIII, cap. 3, sección 1.

[59] KANT, *The Philosophy of Law* (trad. W. HASTIE), Edinburgh, T and T Clark, 1887, p. 218. BYRD ofrece la siguiente interpretación del argumento de KANT: "cada individuo, en tanto agente moral con valor intrínseco, posee un derecho natural, cual es la libertad. En la medida en que el ejercicio externo de su libertad no viole el derecho de otro para ejercer su propia libertad externa, esta no debería ser sometida a restricción alguna. Si su libertad infringe la libertad externa de otro, la primera ya no constituye una expresión de la libertad que puede coexistir con la libertad de todos bajo la ley universal. Cualquier coerción externa, que contrarreste esta infracción, restaura la libertad y es necesariamente compatible con la libertad de todos. La fuerza justificada que limita nuestras actuaciones pragmáticas, es directa e inmediata. No se trata de una fuerza vengativa ni profiláctica, y puede tener lugar en un estado de naturaleza. No se trata de una fuerza que sea suficiente para asegurar nuestros derechos. Por ello, no puede ser la base del derecho de una sociedad de castigar las violaciones de su ley penal". BYRD, "Kant's Theory of Punishment: Deterrence in Its Threat, Retribution in Its Execution", en *Law & Philosophy*, vol. 8, n.º 2, 1989, pp. 180-81.

final, la discusión planteada por GROCIO y LOCKE se habrá de definir en torno a nuestra percepción y sensibilidad frente a las interacciones violentas, o en torno a cuánta violencia estemos dispuestos a dar por sentado como punto de inicio de nuestra vida social. Pero por los menos es posible plantear que en un mundo gobernado por la presunción de libertad, como lo es supuestamente el mundo de la filosofía liberal, si tengo titularidad moral para repeler a la fuerza una acción porque esta infringe alguno de mis intereses individuales, entonces dicho interés no puede ser tenido como una mera idea carente de contenido o significación, sino que ha de ser algo importante.

Considérese, p. ej., una teoría normativa que autorizara el uso de la violencia como mecanismo para defender nuestra posibilidad de caminar libremente. ¿Sería esta una teoría normativa que le da valor y substancia a nuestra habilidad para caminar libremente en una medida suficiente como para decir que tenemos un *derecho* a caminar libremente y que el resto tiene un deber correlativo de no interferir con el ejercicio de este derecho? Me parece que sí, y que limitarse a incrementar la cantidad de violencia que este derecho implica yendo desde un poder de defensa a un poder para castigar, no debería tener ningún impacto en la plausibilidad de afirmar que tenemos un derecho a caminar libremente.

La distinción analítica entre un ejercicio de fuerza defensiva y la fuerza ofensiva que implica una pena, nos permite así superar la preocupación de que los derechos, sin el poder de castigar sus infracciones, no son más que ideas morales vacías. Aun cuando la distinción entre ambos tipos de fuerza pueda ser difícil de trazar en algunos casos, es una distinción con la cual estamos familiarizados y un estándar bastante común para determinar cuándo ejercer fuerza o coacción sobre otro es aceptable y cuándo no.[60]

En suma, dado que la premisa básica de la filosofía política liberal es una presunción de libertad según la cual todo ejercicio de poder sobre otro es *prima facie* no permisible y debe entonces ser justificado, y dado que algo puede ser reconocido como un derecho genuino aun cuando no implique la facultad de castigar su infracción, parece que nos quedan pocas razones para preferir un contexto normativo gobernado por la presunción de castigo frente a uno que no lo

[60] Hasta donde sé, la mayoría de los órdenes normativos reconocen un permiso para usar violencia dirigida a protegerse a uno mismo o a un tercero frente a una amenaza o peligro de daño, pero este permiso no cubre la violencia que puede ocurrir una vez que este peligro o amenaza se ha materializado.

está. En otras palabras, en el contexto de la presunción de libertad, si la idea de derecho no necesita implicar un permiso para castigar, entonces no debería implicarlo. Esto es así porque de acuerdo con esta misma presunción deberíamos preferir un contexto en el que hay más escrutinio sobre el poder que un contexto en donde el poder no es plenamente cuestionado.

Puesto en términos kantianos, para que un derecho pueda ser reconocido como tal, debe venir con la autoridad para ejercer la medida de coerción que es estrictamente necesaria para limitar cualquier limitación de su ejercicio legítimo.[61] Si la limitación ya tuvo lugar, el fundamento del derecho a responder mediante un castigo no puede encontrarse en el derecho limitado sino que debe buscarse en otro lugar. El *locus* de este fundamento reside en la segunda condición de justificación que pesa sobre cualquier instancia de castigo, esto es, en la existencia de una relación de autoridad que legitima a una persona o entidad para castigar a otra.

IV. Conclusión

La pregunta específica que he formulado en este artículo es una pregunta sobre los orígenes de la presunción de castigo en nuestra tradición filosófica, así como sobre lo persuasivas que pudieran ser para nosotros las razones de quienes concibieron esta presunción. La respuesta es que estas razones no deberían convencernos. Entonces, o bien encontramos una nueva razón para sostener la presunción de castigo, o bien la abandonamos.[62] Para decidir cómo proceder, es importante tener a la vista lo que está en juego en esta conversación y cómo la revisión de esta presunción podría alterar el alcance de la filosofía política y de la teoría del castigo. Así que permítanme usar esta conclusión para decir algo sobre esto último.

En muchas de nuestras conversaciones usamos presunciones que expresan nuestro compromiso con ciertos valores y que distribuyen la carga de probar las distintas aseveraciones que hacemos para facilitar nuestra comunicación. Algunas de estas presunciones, sin embargo, no cumplen ningún rol positivo y son mantenidas como mero hábito o como un modo de esquivar problemas que parecen demasiado difíciles de enfrentar, como ocurre con la presunción de que las madres son mejores cuidadores que los padres, o con la presunción de que nuestras acciones

[61] KANT, *The Philosophy of Law*, *supra* nota 59, p. 47.

[62] De nuevo, esta conclusión es consecuencia de una postura escéptica frente al poder que, en el caso del pensamiento liberal, es gatillada por la presunción de libertad.

individuales en general no tienen impacto en el calentamiento global. Como señalé al inicio de este artículo, la tensión entre la libertad y una pena ha sido parcialmente esquivada por la presunción de castigo, mediante la imposición de la convicción de que el castigo es parte de nuestra naturaleza moral. Esta convicción ha implicado que en último término es el crimen lo que genera el castigo y no la acción de castigar, y esto implica a su vez que no somos plenamente responsables por las penas que imponemos.[63]

La presunción de que los delitos deben castigarse nos vuelve irresponsables frente al castigo y reduce el problema de su justificación a las cuestiones de oportunidad, propósito y forma, dejando sin atender la pregunta sobre la autoridad de una determinada comunidad para imponer esta forma de tratamiento a un determinado individuo. Esto ha producido una desconexión entre las teorías de la pena y las teorías de la autoridad política, porque el castigo estatal se ha considerado como suficientemente regulado por sus propios principios morales o pre-institucionales.[64] Como consecuencia inmediata de la desconexión recién señalada, las teorías de la pena han sido incapaces de lidiar adecuadamente con el impacto que los contextos de extrema injusticia social y exclusión política deberían tener en la justificación de la pena. El punto no es que la presunción de castigo haya enceguecido a la teoría del derecho penal, impidiéndole reconocer los niveles extremos de injusticia que rodean a las prácticas penales, sino que nos ha hecho creer que, sea cual sea este problema, no es un problema para una teoría sobre la justificación ideal del castigo.[65]

Si, en cambio, entendiéramos al castigo como una práctica artificial en el sentido de que la hemos establecido voluntariamente en la manera específica en que existe hoy, entonces la segunda

[63] O'DONOVAN, *supra* nota 15, p. 113.

[64] Las teorías de la pena están básicamente preocupadas por la definición y defensa de lo que son estos principios, p. ej., merecimiento, disuasión, etc. La teoría política, por otra parte, está preocupada por la justificación genérica de la coerción pública y no muestra particular interés en el castigo, porque pareciera que la existencia de una supuesta conexión entre el derecho penal y nuestros deberes morales vuelve menos urgente el problema de la legitimidad de la coerción penal. Véase, p. ej., SIMMONS, *supra* nota 16, pp. 195-201; DUFF, *supra* nota 2, p. 182 ss.; COPP, *supra* nota 11, p. 4.

[65] Una notable excepción a esta tendencia en las teorías de la pena la constituye el trabajo de DUFF. Véase en este sentido DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, *supra* nota 2; "Legitimacy of the Criminal Trial," *supra* nota 2; "I Might Be Guilty, but You Can't Try Me," *supra* nota 2. Existe un amplio reconocimiento de los dramáticos niveles de exclusión social y política y de discriminación que caracterizan al ambiente en que tienen lugar nuestras prácticas penales, y a pesar de ello estas no suelen ser consideradas como un tema relevante para la elaboración de una teoría normativa sobre el castigo. Para estudios sobre el contexto del castigo penal, véase WESTERN, *Punishment and Inequality in America*, Nueva York, Russell Sage Foundation, 2006; FERGUSON, *Inferno*, Cambridge, Harvard University Press, 2014; STUNTZ, *The Collapse of American Criminal Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.

parte del desafío de justificación de la pena se impone con mucha claridad, esto es, la necesidad de explicar qué le da a alguien autoridad para castigar a otro. Este nuevo espacio de investigación nos otorga inmediatamente un marco para evaluar los problemas normativos que el contexto del castigo ha de generar para su justificación. En otras palabras, una vez que asumimos que el castigo necesita una relación de autoridad, su justificación ideal requiere describir las cualidades y valores de la relación en que este tipo específico de autoridad puede surgir. Y aquí, la justicia del contexto político y social del castigo se vuelve crucial. En consecuencia, si abandonamos la presunción de castigo, se abre un nuevo espacio de investigación para las teorías del derecho penal, esto es, la pregunta de cuáles son las cualidades y valores a los que la relación política debe aspirar para que la pena sea una manera justificable de interacción.

Una aproximación de esta naturaleza también abriría un nuevo espacio de investigación para la filosofía política, dado que la mayoría de las versiones contemporáneas sobre la autoridad política apelan a la coerción de manera genérica y no distinguen qué es precisamente aquello que el Estado puede hacer cuando decimos que tiene autoridad para gobernar coactivamente. De acuerdo con lo que he señalado anteriormente, en relación con la distinción entre fuerza defensiva y punitiva, hay diversas maneras mediante las cuales una comunidad puede proteger y promover mediante la fuerza los derechos individuales y también los bienes públicos, el castigo es solo una de estas maneras. Distintos tipos de fuerza implicarán distintas formas de interacción que, a su vez, deberían gatillar distintos estándares de justificación. Como consecuencia, tal y como podemos imaginar instancias de coerción que son permisibles fuera de la relación política, como la legítima defensa, también podemos imaginar una relación política en la que el Estado tenga autoridad para gobernar coactivamente y aun así carezca de autoridad para castigar.

En suma, si el castigo encuentra su origen en nuestras convenciones y no en alguna cualidad pre-política sobre el comportamiento humano, debería ser evaluado como cualquier otra institución que hemos diseñado para gobernar nuestra vida en común, lo que implica que su permisibilidad dependerá, por lo menos parcialmente, de la cualidad de la relación política en la que tiene lugar.[66] Pero, por supuesto, un giro de estas características hacia una visión más

[66] Estoy aquí asumiendo que la autoridad política requiere de niveles mínimos de equidad en la relación política, lo que se traduce principalmente en la existencia de ciertas condiciones sociales y políticas. Véase en este sentido, RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2005, cap. 6; DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Belknap press, 1986, cap. 6; BEITZ, *Political Equality: An Essay in Democratic Theory*, Princeton, Princeton University Press, 1990, cap. 5.

integrada del castigo no puede tener lugar mientras sigamos operando bajo la presunción de que los delitos han de castigarse.[67]

V. Bibliografía

ALLEN, Danielle, "Democratic Dis-Ease: Of Anger and the Troubling Nature of Punishment", en BANDES (ed.), *The Passions of Law*, Nueva York, NYU Press, 1999.

ANSCOMBE, G.E.M., "On the Source of the Authority of the State", en RAZ (ed.), *Authority*, Nueva York, NYU Press, 1990.

BEITZ, Charles R., *Political Equality: An Essay in Democratic Theory*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

BYRD, Sharon, "Kant's Theory of Punishment: Deterrence in Its Threat, Retribution in Its Execution", en *Law & Philosophy*, vol. 8, n.º 2, 1989, pp. 151–200.

COPP, David, "The Idea of a Legitimate State", en *Philosophy & Public Affairs*, vol. 28, n.º1, 1999, pp. 3–45.

DUFF, R. Antony, "Responsibility, Citizenship and Criminal Law", en DUFF / GREEN (eds.), *The Philosophical Foundations of the Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 2011.

— "Blame, Moral Standing and the Legitimacy of the Criminal Trial", en *Ratio*, vol. 21, n.º 2, 2010, pp. 123-140.

— "I Might Be Guilty, but You Can't Try Me: Estoppel and Other Bars to Trial", en *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 1, n.º 1, 2003, pp. 245–259.

— *Punishment, Communication, and Community*, Nueva York, Oxford University Press, 2001.

DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Belknap press, 1986.

[67] De acuerdo con ALLEN, esto sería un retroceso, por lo menos en la medida que el castigo solía ser considerado como un asunto de la comunidad y no como un problema entre la víctima y el agresor, en el que la comunidad interviene de una manera más bien superficial. Véase ALLEN, *supra* nota 15 p. 197.

FEINBERG, Joel, *Social Philosophy*, Upper Saddle River, Prentice-Hall, 1973.

FERGUSON, Robert A., *Inferno*, Cambridge, Harvard University Press, 2014.

FOUCAULT, Michel, *The History of Sexuality, Volume 1: An Introduction* (trad. Robert HURLEY), Nueva York, Vintage, 1990.

GARLAND, David, *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1993.

GROTIUS, Hugo, *Commentary on the Law of Prize and Booty*, Indianapolis, Liberty Fund, 2006.

— *The Rights of War and Peace: Including the Law of Nature and of Nations*, MW Dunne, 1901.

HAREL, Alon, "Why Only the State May Inflict Criminal Sanctions: The Case against Privately Inflicted Sanctions", en *Legal Theory*, vol. 14, n.º 2, 2008, pp. 113–133.

HART, H.L.A., "Prolegomenon to the Principles of Punishment", en HART (ed.), *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1968.

HOBBES, Thomas, *Leviathan*, Indianapolis, Hackett, 1994.

— *Leviatán*, 2.ª ed., Fondo de Cultura Economica, 1980.

HUME, David, *Moral Philosophy*, Indianapolis, Hackett, 2006.

HUSAK, Douglas, *Overcriminalization*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.

KANT, Immanuel, *The Philosophy of Law* (trad. W. HASTIE), Edinburgh, T and T Clark, 1887.

LOCKE, John, *Second Treatise of Government*, Indianapolis, Hackett, 1980.

— *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Tecnos, 2006.

MACCORMICK, Neil / GARLAND, David, "Sovereign States and Vengeful Victims: The Problem of the Right to Punish", en ASHWORTH / WASKI (eds.), *Fundamentals of Sentencing Theory: Essays in Honour of Andrew von Hirsch*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

MONTAGUE, Phillip, *Punishment as Societal-Defense*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1995.

O'DONOVAN, Oliver, *The Ways of Judgment*, Cambridge: Wm. B. Eerdmans Publishing, 2005.

PLAMENATZ, John, *Man and Society, Vol. 1*, City: Longmans, Green, 1963.

PUFENDORF, Samuel, *On the Duty of Man and Citizen According to Natural Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

— *Of the Law of Nature and Nations* (trad. CH / WA OLDFATHER), Oxford, Oxford University Press, 1934.

RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2005.

RAZ, John, *The Morality of Freedom*, Nueva York, Oxford University Press,1988.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *The Basic Political Writings* (trad. Donald A. CRESS), Indianapolis, Hackett, 1987.

SCHNEEWIND, Jerome B., *The Invention of Autonomy: A History of Modern Moral Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María, "Doctrines Regarding the Fight against Impunity and the Victim's Right for the Perpetrator to Be Punished", en *Pace Law Review*, vol. 28, n.º4, 2007, pp. 865-884.

SIMMONS, A. John, "Locke and the Right to Punish", en COHEN et al (eds.), *Punishment: A Philosophy & Public Affairs Reader*, Princeton, Princeton University Press, 1995.

— *Moral Principles and Political Obligations*, Princeton, Princeton University Press, 1981.

STUNTZ, William J., *The Collapse of American Criminal Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.

TIERNEY, Brian, *The Idea of Natural Rights,* Grand Rapids, Wm B Eerdmans, 1997

TUCK, Richard, *The Rights of War and Peace: Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, Nueva York, Oxford University Press, 1999.

VITORIA, Francisco de, *Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Nueva York, Clarendon Press Oxford, 1999.

WEBER, Max, "The Profession and Vocation of Politics" en LASSMAN / SPEIRS (eds.), *Weber: Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press,1994.

WESTERN, Bruce, *Punishment and Inequality in America*, Nueva York, Russell Sage Foundation, 2006.

ZEDNER, Lucia, "Is the Criminal Law Only for Citizens? A Problem at the Borders of Punishment", en FRANKO AAS / BOSWORTH (eds.), *The Borders of Punishment*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

Reseñas bibliográficas

"RIESGOS PENALES LABORALES. RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPRESARIO POR RIESGOS, ENFERMEDADES Y ACCIDENTES LABORALES" DE PATRICIA GALLO

Dra. María Belén LINARES*

Fecha de recepción: 4 de abril de 2019
Fecha de aprobación: 5 de mayo de 2019

GALLO, Patricia, Riesgos Penales Laborales. Responsabilidad penal del empresario por riesgos, enfermedades y accidentes laborales, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2018, 734 pp.

I. Presentación de la obra

El contenido del libro que presenta Patricia GALLO coincide en gran medida con el trabajo que presentó para obtener el título de Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid el 8 de septiembre de 2017.

El propósito de la investigación llevada a cabo por la autora consiste, por un lado, en analizar el estado de la aplicación del delito de peligro contemplado en el artículo 316 del Código penal español y, por otro, en trasvasar las conclusiones obtenidas de dicho análisis a una propuesta legislativa específica para nuestro país.

El Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, Prof. Dr. Manuel CANCIO MELIÁ —quien fue director de la tesis doctoral de la autora—, formuló brevemente en el prólogo de la obra que ahora reseño dos preguntas cuya respuesta constituye el objeto del trabajo, que fueron: ¿es conveniente criminalizar una organización deficiente de las medidas de seguridad laborales a través de un delito de peligro específico? ¿Es esta una opción que resulte adecuada para el ordenamiento jurídico-penal argentino?

* Dra. en Derecho (Universidad de Sevilla). Contacto: mblinares@hotmail.com.

Para responder a estas cuestiones, la autora adoptó una sistemática ambiciosa y desafiante, que a continuación procedo a detallar.

II. Sistemática adoptada por la autora

La obra de GALLO se estructura en seis capítulos, que abordan los siguientes temas que, en este párrafo, me limito a mencionar: 1, introducción a la problemática de los riesgos laborales; 2, tratamiento jurídico de la siniestralidad laboral en la Argentina; 3, determinación del bien jurídico en el delito del artículo 316 del Código penal español; 4, el peligro como técnica de tipificación para la intervención penal en el marco de los riesgos laborales; 5, presupuestos normativos para la delimitación de ámbitos de responsabilidad dentro de la empresa y frente al trabajador imprudente; y, 6, análisis crítico de la configuración legal del tipo penal del artículo 316 del ordenamiento español.

En los primeros dos capítulos de esta exégesis, GALLO se enfoca en contextualizar la problemática vinculada a la siniestralidad laboral. Singularmente, la autora efectúa precisas anotaciones acerca del delito contra la seguridad de los trabajadores en sus confines típicos, para luego detenerse en la cuestión relacionada con los riesgos laborales y, de forma particular, en la situación en la Argentina. Además, se enfoca en el estudio del mandato constitucional recogido en el artículo 14 *bis* —que protege la seguridad e higiene del trabajador— y sobre la tendencia legislativa a incorporar el delito de riesgos laborales en América Latina.

Sobre la base de dicho hilo argumental, la autora afronta la tarea de individualizar el objeto de tutela en el delito recogido y reprimido en el artículo 316 del Código penal español. A tal efecto, GALLO explica las diferentes posturas adoptadas, para tomar posición y afirmar finalmente que, en el tipo penal bajo estudio, el bien jurídico —individual y no colectivo— es la vida y la salud del trabajador.

Y así es como la autora prepara el camino para enfrentarse a uno de los temas que más polémica y repercusión ha suscitado en la ciencia del Derecho penal: el peligro como técnica legislativa de tipificación para la intervención penal. Precisamente, estudia la clase de peligro que desvalora el precepto ya mencionado y, pese a que de forma casi unánime la doctrina y la jurisprudencia española entienden que se trata de peligro concreto, GALLO aporta una tesis diferente, que consiste en que dicho precepto se configura como un delito de peligro *común* y, por lo tanto, de peligro *abstracto-concreto* —el peligro común, para la autora, es incompatible con el peligro concreto—.

Luego, GALLO apunta el análisis de dos fenómenos característicos que se configuran en el escenario de la producción de resultados lesivos en el trabajo, análisis que le permitirá alcanzar importantes conclusiones orientadas a diseñar el tipo de peligro que se propone: un fenómeno que se configura con la delimitación de las esferas de competencia de garantes frente a riesgos laborales, la imputación de resultados lesivos y la determinación de la autoría y la participación; y otro fenómeno que se configura con el estudio de la intervención culposa[1] del trabajador en los accidentes laborales[2] cuando cause como resultado la lesión o muerte de aquel y, además, con el estudio del impacto de la conducta de la víctima en la responsabilidad penal del empresario por estos delitos. También, aquí, la autora se ocupa de examinar el supuesto de concurrencia de riesgos introducidos por el empresario y por el trabajador.

En la última parte de esta obra, tras analizar críticamente la estructura del vigente tipo penal regulado en el artículo 316 del Código penal español, la autora formula el pretendido tipo penal de riesgos laborales para el ordenamiento jurídico-penal argentino.

La problemática que aborda esta tesis es, desde luego, inmensa, y no pretendo reflexionar aquí sobre todas las cuestiones estudiadas, sino que me limitaré a exponer, sucintamente, una humilde valoración crítica respecto de la siguiente cuestión, que sin duda viene despertando un atractivo debate social: ¿debe responder el empresario que ordena a sus empleados la realización de un trabajo en condiciones que sean peligrosas para su salud cuando estos consienten tal irregularidad? ¿Debe responder el empresario si dolosa o imprudentemente tolera que el trabajador coadyuve al accidente del que es víctima? ¿Es responsable criminalmente el empresario o su delegado por no haber impedido la imprudente autolesión del trabajador? Y, por tales razones, ¿cede la responsabilidad del empresario o del delegado ante el accidente no provocado por la víctima, pero sí provocado imprudentemente por otro trabajador?

Antes de entrar en aquella concreta materia, entiendo relevante destacar cuáles son las aportaciones originales que GALLO efectúa en su obra.

---

[1] Acerca de la corrección del empleo en el ámbito penal —por su mayor exactitud normativa— de los términos culpa y culposo, en lugar de la expresión relativa a la genérica categoría conceptual de imprudencia, ver POLAINO NAVARRETE, *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, 2.ª ed., t. II, Madrid, Tecnos, 2016, pp. 120 ss.

[2] GALLO, *Riesgos Penales Laborales. Responsabilidad penal del empresario por riesgos, enfermedades y accidentes laborales*, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2018, p. 324, nota 2: "[c]orresponde aclarar que esta expresión es usada aquí como sinónimo de resultado dañoso (lesión o muerte) sufrido por el trabajador, en tanto concreción de un riesgo laboral introducido por el empresario, el trabajador o ambos, y desvinculado de su connotación relativa a lo causal, según su significado etimológico/coloquial".

1. Uno de los aportes originales lo configura la respuesta que formula la autora al planteamiento que se expone y que se corresponde con la responsabilidad del delegante respecto de la actuación del delegado/empresario.

La asunción de la acción preventiva por medio de delegantes/terceros en la organización de la empresa no configura una técnica que habilite la exoneración de responsabilidad por parte del empresario. Estos supuestos de delegación de competencias conducen a formular las siguientes preguntas: ¿cuál es la responsabilidad del delegante, por cuanto asume una posición de garantía?, pero, también, ¿cuál es la responsabilidad del empresario, por cuanto continúa reteniendo deberes residuales de garantía?

GALLO sostiene, en lo que se refiere a la segunda pregunta formulada, es decir, la responsabilidad del empresario respecto de la actuación de su delegado, que "fuera de […] casos especiales de dominio superior del delegante (autoría mediata) y de dominio compartido con el delegado (coautoría o autoría accesoria), habrá que recurrir a la aplicación del art. 318.2 para imputar el delito de peligro (art. 316), a título de autor, al delegante que infringió su deber residual de vigilancia/infracción respecto del delegado que no 'facilitó los medios' de seguridad necesarios a los trabajadores, configurándose así el 'peligro grave', en los términos del art. 316".[3]

2. El artículo 316 del Código Penal español restringe el círculo de sujetos activos del delito con la expresión "los que con infracción de normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios", mas la autora, con sólidos argumentos, propone como sujeto activo del delito de peligro al organizador de la actividad peligrosa.

El legislador penal español, tal y como afirma GALLO, "sorprende al intérprete con una fórmula 'enigmática' para la determinación de los eventuales autores y no con una mera descripción, que […] sería lo ideal"[4]. La autora, con sentido, entiende que "el criterio correcto —simétrico y coherente— de autor, teniendo en cuenta el riesgo definido en el art. 316, debe ser el 'organizador' (del proceso productivo, o una de sus facetas)"[5], es decir, parte de un concepto material —y no formal— de sujeto activo del delito.

3. La doctrina penal española considera incluida, en el delito de peligro, la prevención de las enfermedades laborales (como uno de los objetivos del delito de peligro). Sin embargo, la autora

[3] GALLO, *supra* nota 2, p. 593.
[4] GALLO, *supra* nota 2, p. 565.
[5] GALLO, *supra* nota 2, p. 597.

sostiene que dicho objetivo resulta incompatible con la técnica de peligro concreto. En palabras de GALLO, "otra razón importante para fundamentar [...] el delito del art. 316 como de peligro abstracto-concreto, es que de este modo queda abarcada en el riesgo típico la conducta infractora susceptible de generar enfermedades laborales a largo plazo, y que, en rigor, no podría quedar incluida según la exégesis del peligro concreto (solo abarcadora del riesgo propio de los accidentes de trabajo y las llamadas 'enfermedades accidente o instantáneas')".[6]

Ahora sí, y luego de haber destacado los principales aportes de la obra que reseño, entro, pues, sin más demora, en el desarrollo de la cuestión que señala el título del epígrafe que sigue.

III. Autopuesta en peligro del trabajador

En la dogmática penal moderna, sobre todo a partir del desarrollo normativo del ilícito a través de la imputación objetiva, se ha hecho lugar con diferentes terminologías y sobre la base de universos de casos en ocasiones independientes, pero a menudo convergentes, a la posibilidad de que el comportamiento de la víctima defina o co-determine el ilícito típico y su exclusión.[7]

Es posible que la configuración de un contacto social competa no solo al autor, sino también a la víctima[8], quien podría ejercer un mínimo de protección de sus propios bienes jurídicos y ser, incluso, efectivo. Esta lesión de deberes de autoprotección es agrupada bajo el rótulo de actuación a riesgo propio, autopuesta en peligro o imputación a la víctima.[9]

El principio de imputación a la víctima se basa en el reconocimiento de la libertad de la persona y es un criterio de dignificación del ser humano como ser social titular de derechos y

[6] GALLO, *supra* nota 2, p. 644.
[7] TORÍO LÓPEZ, "Significación dogmática de la compensación de culpas en el Derecho penal", en *Estudios penales en memoria del Prof. Agustín Fernández Albor*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1989, pp. 709-723, especialmente p. 713.
[8] JAKOBS, *La imputación objetiva en el Derecho penal* (trad. SUÁREZ GONZÁLEZ, CANCIO MELIÁ), Madrid, Civitas, 1996, p. 100.
[9] Al respecto, ver JAKOBS, "La organización de autolesión y heterolesión especialmente en casos de muerte", en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 395-412; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho penal*, 2.ª ed., Barcelona-Bogotá, Universidad Externado de Colombia y J. M.ª Bosch Editor, 2001, pp. 325 ss.; POLAINO NAVARRETE/POLAINO-ORTS, "Autodeterminación personal y libertad. Implicaciones jurídico-penales", en BUOMPADRE (dir.), *Cuestiones actuales de Derecho penal. Tendencias y perspectivas*, Resistencia, ConTexto, 2012, pp. 61-82, especialmente p. 78.

obligaciones. Si se le reconoce la libertad, también se le reconoce un ámbito en el que en el uso de su libertad puede resultar autolesionada.[10]

La discusión acerca del valor del consentimiento del empleado en condiciones de trabajo que sean peligrosas para su salud o integridad física —estrechamente vinculado a esta cuestión— y el debate de la existencia de un deber de seguridad del empresario de impedir las conductas imprudentes del trabajador hacia sí mismo o hacia otro, ha despertado en los últimos años numerosas posiciones.

Desde una perspectiva general podría rechazarse la tesis que sostiene la responsabilidad penal del empresario cuando el trabajador consiente el riesgo de un tercero, cuando contribuye a su propio riesgo, o cuando, incluso, él mismo lo crea. En estos supuestos, cierto sector de la doctrina considera que no hay responsabilidad penal, pues la conducta peligrosa —pero, en cualquier caso, el resultado lesivo— no podría serle imputado al tercero, sino solo a la víctima.

Parte de la doctrina considera que los supuestos de mero consentimiento en el actuar arriesgado del tercero no suscita un problema de tipicidad, de atribución de comportamientos o de resultado, sino de justificación de una conducta típica a través del consentimiento. Pero, personalmente entiendo que el consentimiento no constituye una causa de justificación que excluye la antijuridicidad, sino una causa de atipicidad que excluye el carácter típico de la conducta consentida.[11]

Ahora bien, ¿este esquema resulta aplicable a los supuestos de accidentes laborales en los que el trabajador que resulta muerto, lesionado o puesto en peligro, ha generado o contribuido al riesgo, o lo ha consentido? La respuesta mayoritaria es negativa, y a esta se llega negando la imputación a la víctima (es decir, la imputación objetiva) y la validez del consentimiento (es decir, la tipicidad).

Amplío lo anterior. Recordemos que cuando la víctima emprende con el agente una actividad que puede producir una lesión sobre sus bienes, la actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida en que se presenten

[10] P. ej., quien, sin necesidad alguna, le pide a una persona claramente ebria que realice un acto de cierta complejidad (como conducir durante un trayecto un automóvil) ha de asumir —al menos en parte— las consecuencias negativas resultantes; quien participa en una dura contienda (como un combate de boxeo), no tiene derecho a no resultar lesionado; quien tiene trato sexual con una persona drogodependiente o que se prostituye, actúa a propio riesgo, en lo que se refiere a un contagio con el virus VIH (JAKOBS, *supra* nota 8, p. 111).

[11] POLAINO NAVARRETE, *supra* nota 1, pp. 149-151.

las siguientes circunstancias: que la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima; que la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor; y, además, que el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima. Los presupuestos señalados, para la doctrina mayoritaria, no se constatarán en el ámbito de las relaciones laborales.[12]

¿Pero qué sucedería en los supuestos en los que el accidente de trabajo o la situación de grave peligro se produjeran en el ámbito laboral y en una actuación para la empresa, pero por una iniciativa imprudente del trabajador?[13] En estos casos, y siguiendo el esquema teórico apuntado en términos generales, no se rechazaría la imputación del empresario o de su delegado por la imputación preferente a la víctima, pero sí es probable que pueda hacerse en el caso concreto por la observancia por parte de estos de su deber objetivo de cuidado si la formación, los medios y la vigilancia fueron los adecuados. Entonces, no puede imputársele al trabajador su propio accidente o las lesiones sufridas como resultado de una omisión empresarial en materia de prevención de riesgos laborales, salvo imprudencia temeraria.[14] Dicho lo anterior, procedo, en el apartado que sigue, a darle voz a la autora.

IV. Tesis postulada por Gallo

La autora dice que "cuando se habla de imputación a la víctima, es de los supuestos en los que la razón de la atipicidad de la conducta del tercero está, precisamente, en la atribución de lo sucedido al ámbito de responsabilidad de la víctima, es decir, aquellos casos en que la exoneración del autor proviene específicamente del carácter responsable de aquella".[15]

Sobre la base de aquella posición, la autora asume el enorme reto de preguntarse lo siguiente: ¿cuándo el trabajador es autorresponsable por el resultado lesivo producido?

---

[12] COBO DEL ROSAL/SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Responsabilidad penal por accidentes laborales", en *Economist & Jurist*, n.º 62, 2004, p. 68.
[13] CORCOY BIDASOLO/CARDENAL MONTRAVETA/HORTAL IBARRA, "Protección penal de los accidentes laborales", en *Revista del Poder Judicial*, n.º 71, 2004, p. 66.
[14] Para CORCOY BIDASOLO, CARDENAL MONTRAVETA y HORTAL IBARRA, solo puede hablarse de autopuesta en peligro en los casos en que el trabajador conoce exactamente el riesgo y no ha sido coaccionado a llevar a cabo la actividad de manera peligrosa. Los autores mencionados no incluyen dentro de su análisis el criterio de disponibilidad del bien jurídico al momento de valorar la conducta de la víctima, es decir, que solo toman en referencia el conocimiento real y libre de los riesgos asumidos (*supra* nota 13, p. 58).
[15] GALLO, *supra* nota 2, pp. 469 ss.

Para responder a lo anterior, ella parte del esquema propuesto por su maestro, el Prof. CANCIO MELIÁ, quien postula que cuando el titular de un bien jurídico (víctima) emprende conjuntamente con otro (autor) una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico, la actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la que medida en que: a) la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima; b) la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer ella de la responsabilidad o de la base cognitiva necesaria para poder ser considerada (auto)-responsable; y c) el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima.

Y es de acuerdo con ese razonamiento que GALLO analiza cuándo, en el ámbito de los riesgos laborales, concurren aquellos tres presupuestos.

En lo que se refiere a que la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, cabe aclarar que la expresión *ámbito de lo organizado* debe ser entendida "en el sentido de que haya una correcta delegación de la competencia originaria del empresario sobre la indemnidad de los bienes jurídicos del trabajador (junto al encargado de la tarea laboral específica) y un funcionamiento coordinado durante el desarrollo de la actividad laboral de esta competencia delegada con la esfera de competencia no delegable del empresario (organización del proceso productivo)".[16]

Explica la autora que las dos esferas de competencia —del empresario y del trabajador— en el marco de la empresa se armonizan cuando el trabajador, autónomo, cuenta con las herramientas de seguridad normativamente previstas para lograr una adecuada interacción con el riesgo. Es decir, en verdad, cuando la autora explica el contenido de aquella expresión se refiere estrictamente a "una coordinación conjunta de ambas esferas de autonomía, donde la esfera del empresario contiene a la del trabajador".[17] Cuando el empresario no le brinda las condiciones seguras laborales al trabajador —con anclaje legislativo—, no le delega la competencia sobre la indemnidad de sus bienes jurídicos y, así, le impide la organización que debe tener el trabajador sobre su vida y su salud.

Entonces, para GALLO, que escapa de las formulaciones generales de la teoría de la imputación objetiva en el contexto laboral, no existe en el ámbito de seguridad laboral una

[16] GALLO, *supra* nota 2, p. 471.
[17] GALLO, *supra* nota 2, p. 471.

"organización conjunta" ni tampoco una independencia de las competencias del empresario y trabajador. Ella distingue dos niveles de organización: 1, nivel de organización del proceso productivo, que es exclusivo e indelegable del empresario, en el que el trabajador no tiene ningún tipo de injerencia; y 2, nivel de organización de la seguridad/protección de los bienes jurídicos de los trabajadores, que es una competencia originaria del empresario, pero que bajo ciertas condiciones se la delega al trabajador para que este se autoorganice en dicha protección. Estos niveles, a su vez, configuran dos esferas de competencia: 1, contextual o continente del empresario; y 2, contenida del trabajador. En otras palabras, el trabajador se autoorganiza en el ámbito de la organización del empresario, generándose de ese modo dos *ámbitos concéntricos de organización*. Este ámbito, sin duda, representa un nuevo esquema en las categorías de la imputación objetiva, aporte que aquí resulta necesario, pues no existe una organización conjunta ni una organización independiente, sino que se debe resolver una interacción con el riesgo que parte de una relación desigual como es la relación laboral, donde el empresario y el trabajador ocupan distintas posiciones de poder. Por ello es que se debe hablar de una organización continente, de una organización contenida y de ámbitos concéntricos de organización.

Tras lo analizado con relación al primero de los requisitos señalados por la autora —que sigue a su maestro—, lo relevante es que el trabajador cuente con las herramientas para autoorganizarse en su esfera de competencia, en tanto titular de los bienes jurídicos que exponen al riesgo laboral.

Pero, no basta con que el empresario brinde las medidas de seguridad materiales y organizativas, sino que, además, la conducta de la víctima no debe haber sido instrumentalizada por el autor, pues aquella carece de la responsabilidad o de la base cognitiva necesaria para poder ser considerada (auto)responsable. En efecto, "es fundamental que informe al trabajador no solo respecto del significado del riesgo, sino también transmitiendo una adecuada valoración de este [deber de información amplio]. Ambos aspectos son fundamentales para que el trabajador perciba e interprete correctamente el riesgo y pueda asociar las medidas de prevención previstas y provistas para su concreta actividad laboral, con ese riesgo".[18]

GALLO pone de relieve, entonces, cómo el ámbito de competencia del trabajador está integrado en el del empresario: el trabajador solo podrá ejercer su soberanía y actuar como titular autónomo, si como dependiente (de la organización ajena) se lo provee del fondo de conocimientos necesarios para vincular el riesgo con las medidas de seguridad correspondientes. Si bajo tales condiciones el trabajador decide interactuar con el riesgo de otro modo (no inocuo), el

[18] GALLO, *supra* nota 2, p. 473.

resultado lesivo será imputable a su ámbito de responsabilidad, pues la protección de sus bienes jurídicos solo depende de sí mismo. Estos son los postulados que la autora explica para definir la imprudencia temeraria del trabajador.

Otro de los presupuestos apuntados consiste en que el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima, y a su respecto la autora destaca que "si bien el empresario, en tanto organizador de la actividad peligrosa, tiene la posición de garante respecto de ese foco de riesgo (contracara de la protección de los bienes jurídicos de sus dependientes), ese deber no es ilimitado y se cumple cuando brinda las condiciones seguras de trabajo, del modo aquí indicado. Es decir, no le corresponde proteger los bienes jurídicos del trabajador respecto de cualquier riesgo, sino solo con relación a los inherentes al foco de peligro (normativamente contemplados) que debe controlar: proceso productivo".[19]

La autora concluye afirmando que el acto imprudente del trabajador que afecta su vida y salud, en tanto titular de esos bienes jurídico, debe tener sentido objetivo de organización para liberar al empresario de responsabilidad criminal. En efecto, cuando ese acto se realiza por el trabajador en una situación de déficit de libertad, y cuando ese déficit de libertad es imputable al empresario, es este quien resultaría responsable por las consecuencias lesivas de tal acto.

En suma, compartiendo con la autora su posición, "para que se configure la autopuesta en peligro del trabajador, exonerante de la responsabilidad penal del empresario (imputación del comportamiento al ámbito de la víctima), este debe haber cumplido el deber de seguridad en todos sus aspectos".[20]

V. Reflexión final

GALLO transitó los estadios elementales para poder esbozar las respuestas a las preguntas que fueron formuladas al comienzo de esta reseña, y lo hizo, a mi modesto entender, de forma muy acertada.

En el análisis de la experiencia española en materia de protección jurídico-penal de la vida y la salud de los trabajadores, la autora detectó cuidadosamente aquellos temas en los que tuvo sentido ocuparse. La autopuesta en peligro del trabajador fue, sin duda, uno de ellos, y tanto fue su sentido que generó, de forma inmediata, que me detenga en su comentario.

[19] GALLO, *supra* nota 2, p. 474.
[20] GALLO, *supra* nota 2, p. 475.

Con esmero y excepcional sensibilidad lingüística, GALLO encaró en un riguroso método científico una cuestión que pocos juristas se han animado a trabajar, y arribó a una postura que, además de ser respetuosa del esquema del instituto de imputación a la víctima, representa un enfoque sumamente novedoso en la ciencia penal contemporánea.

Esta obra representa en la comunidad jurídica un sólido aporte de madurez acerca de la configuración típica del delito contra la seguridad de los trabajadores en el Código penal español, figura legal que suscita varias y diversas cuestiones polémicas que GALLO, con gran talento y fecunda labor investigadora, abordó con perspicacia.

Fue su maestro, el Prof. CANCIO MELIÁ, quien afirmó que esta obra, que tanto agrado y satisfacción me ha provocado reseñar, es "un trabajo de máximo interés por la metodología utilizada y por el objeto estudiado, que supone un avance de la disciplina en el área estudiada tanto para la discusión en España y Argentina como en general para los países de habla española".[21] Es al lector a quien, ahora, le corresponde comprobarlo.

[21] CANCIO MELIÁ, "Prólogo", en GALLO, *supra* nota 2, p. XXV.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año V, número 8, pp. 218-224

"MALAS MADRES. ABORTO E INFANTICIDIO EN PERSPECTIVA HISTÓRICA" DE JULIETA DI CORLETO

Camila PETRONE*

Fecha de recepción: 13 de abril de 2019
Fecha de aprobación: 20 de mayo de 2019

DI CORLETO, Julieta, Malas Madres. Aborto e infanticidio en perspectiva histórica, Buenos Aires, Didot, 2018, 271 pp.

I. Introducción

Hace algunos meses recibí el nuevo libro de Julieta DI CORLETO. En *Malas Madres* —tesis doctoral de la autora— ella realiza un análisis histórico de la criminalidad femenina en la Argentina entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Es una investigación histórico-criminológica que recopila distintos tipos de fuentes: artículos periodísticos, expedientes judiciales, entre otros, y deja ver cómo fue construyéndose la historia de la criminalidad femenina en la Argentina post-colonial. El análisis de DI CORLETO se ha centrado en un tipo específico de "criminal femenina": la *mala madre*.

El libro se encuentra estructurado en siete capítulos que van desde lo general, como la historia de la delincuencia femenina en nuestro país, el ideal de la "domesticidad" femenina, y la aparición de las mujeres en las noticias criminales; para luego pasar a lo particular, al abordar la relación entre el derecho penal y la maternidad y, finalmente, centrarse en los delitos de aborto e infanticidio.

Poco antes de que este libro llegara a mis manos me preguntaba por qué la criminología había ignorado, a lo largo de la historia, casi por completo a la criminalidad femenina, sin poder encontrar respuestas satisfactorias. Dice Carol SMART en este sentido que "[l]a razón que se ofrece para esta arrolladora falta de interés es que dentro de la población de ofensores conocidos, la

* Abogada, Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente de "Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal" y "Criminología" (UBA-UAI). Contacto: camilapetrone92@gmail.com.

femenina constituye una proporción estadísticamente mucho menor que la masculina"[1] y continúa afirmando que "[d]e todos modos, esta 'insignificancia estadística' por sí sola no puede explicar de forma completa por qué ha habido tan pocos intentos de trabajar esta área".[2]

La tesis de DI CORLETO viene a cumplir esa función, a llenar ese vacío y explicar —al menos en lo que respecta a los casos de aborto e infanticidio en la Argentina desde fines del siglo XIX— a qué se ha debido esa falta de interés histórica de la criminología "tradicional".

II. Historia de las malas madres

DI CORLETO explica en su libro cómo fue la paulatina aparición de las mujeres en "hechos criminales" en la Argentina del siglo XIX y da cuenta de cómo "la menor incidencia femenina en los delitos se compensaba con su mayor intervención en la prostitución".[3] Expone que aquella actividad no era vista como un delito sino que, al contrario, era vista como una alternativa que tenía menos riesgos que el delito y traía consecuencias sociales positivas, ya que "era concebida como una auxiliar de las familias, funcionaba para reaseguro del matrimonio convencional y, por tanto, para beneficiar a la sociedad burguesa"; "las prostitutas representaban el vicio pero también eran las guardianas de la virtud de las mujeres respetables, quienes podían mantenerse vírgenes si los hombres tenían acceso a aquellas…".[4] De esta forma, los primeros análisis que se realizaban sobre la criminalidad femenina estaban cargados de una visión de la sexualidad que era, quizás, típica de la época: los hombres debían tener sexo como una forma de "descarga", mientras que las mujeres debían llegar vírgenes al matrimonio. La única forma de compatibilizar esa dualidad eran, precisamente, las prostitutas.

Lo relatado en el párrafo anterior no es ocioso ya que existe un estrecho vínculo entre la concepción del trabajo sexual en aquella época y la aparición en escena de las "malas madres criminales". DI CORLETO relata que la perspectiva de la época consistía en considerar que "[l]a prostituta no tenía sentimientos, carecía de pudor, rechazaba la maternidad y estaba predispuesta

[1] SMART, Carol, "Criminologial Theory: Its ideology and Implications concerning women" en *The British Journal of Sociology*, n.º 28, 1977, p. 1 (la traducción me pertenece).
[2] SMART, *supra* nota 1, p. 1.
[3] DI CORLETO, *Malas Madres. Aborto e infanticidio en perspectiva histórica*, Buenos Aires, Didot, 2018, p. 84.
[4] DI CORLETO, supra nota 3, p. 84.

al alcohol o al juego".[5] La relación inversa entre el trabajo sexual y el "instinto maternal congénito" es lo que ha llevado a afirmar que las trabajadoras sexuales tenían características "propias del hombre", más que "de la mujer".

Así, el trabajo sexual no era visto como una actividad laboral, sino como una suerte de "mal necesario" que se encontraba al borde de la legalidad pero que, de todas formas —y en tanto era útil para mantener el *statu quo*—, no era perseguido.

Mientras tanto las "mujeres de familia" se encontraban confinadas en sus hogares y únicamente destinadas a las tareas domésticas y de cuidado, ya que "los deberes de las madres eran incompatibles con los de los ciudadanos y el ingreso de las mujeres en la vida pública las llevaría a abandonar a sus hijos, a sus familias y el trabajo en el hogar" y ello levaría al "debilitamiento de la familia",[6] ya que el acceso de las mujeres "al trabajo fuera del hogar representaba el pasaje a la degradación moral, el embarazo fuera del matrimonio o la prostitución, y en el largo plazo implicaría la reducción de los nacimientos, el abandono de los niños o el aumento de infanticidios y abortos".[7]

En este contexto, las mujeres comenzaban a ser vistas como capaces de cometer crímenes, pero solo aquellos vinculados con el apartamiento de su "rol de madres" —es decir, abortos e infanticidios—, ya que se encontraba bastante arraigada la concepción *lombrosiana* de que otros delitos —como el homicidio, p. ej.— eran propios de los hombres porque no solo requerían "fuerza física" sino también "cierto desarrollo intelectual" que "falta casi siempre en la mujer", de forma tal que "les son más habituales, son los que piden menor cantidad de fuerza física e intelectual, como el encubrimiento, el aborto y el infanticidio".[8]

De esta forma, a partir de ciertos estudios con apariencia científica, los modelos ideales de "madres y mujeres" que proponía la iglesia, sumados al rol tradicional que las mujeres ocupaban casi sin cuestionarse, empezó a construirse un estereotipo de "criminal femenina" a la que se vinculaba, por supuesto, no con la capacidad intelectual, sino con los desórdenes hormonales

[5] DI CORLETO, supra nota 3, p. 84.
[6] DI CORLETO, supra nota 3, p. 84.
[7] DI CORLETO, supra nota 3, p. 79.
[8] DI CORLETO, supra nota 3, p. 84.

"propios de las mujeres" —como los períodos menstruales— que funcionaban como "… indicadores especiales de la capacidad delictiva femenina…".[9]

Fue así como la figura de la mujer criminal fue constituida como "la antítesis de la mujer-esposa-madre dedicada al cuidado del hogar".[10] Respecto de aquella se consideraba, además, que la carencia del sentimiento de la maternidad característico de la mujer era congénito y que era eso precisamente lo que la llevaba a cometer abortos e infanticidios, sumado a las dificultades económicas y las "intolerancias fisiológicas de la moralidad convencional".[11]

A partir de ello, y con el crecimiento de la ciudad de Buenos Aires y la gran ola inmigratoria desde el campo a las grandes ciudades, muchas mujeres se vieron obligadas a buscar un trabajo para poder subsistir y el que hallaron, en este sentido, fue ser empleadas en casas de familia. En este contexto, muchas de ellas —en muchos casos, forzadas— tenían sexo con sus "patrones" y como producto de ello frecuentemente se embarazaban. A estos casos se les sumaban, también, los de aquellas mujeres que tenían relaciones sexuales extramatrimoniales.

A todas ellas —que, quizás, ni siquiera se planteaban si deseaban ser madres o no— se les presentaba la siguiente disyuntiva: parir a ese niño o a esa niña y ser echadas de sus casas, perder sus trabajos, abortar —en muchos casos a escondidas— o parir y "deshacerse" del niño o de la niña. En ese contexto, a la vez, los nuevos saberes definían los roles femeninos en coincidencia con los objetivos de la iglesia, es decir, planteaban que "la formación de las mujeres en la fe religiosa, en la virtud y el trabajo en el hogar las mantendría alejadas del delito".[12] La misma iglesia, a la vez, adoptó —recién a mitad del siglo XIX— la idea de que la vida comienza con la fecundación, ya que antes apoyaba la tesis de la hominización tardía que habilitaba el aborto en los primeros meses de embarazo.

Ya hacia el final del libro DI CORLETO explica cómo, a partir del relevamiento de distintos expedientes judiciales, advirtió que únicamente las mujeres de sectores populares eran sometidas a investigaciones penales por haber estado involucradas en prácticas abortivas; mientras que las

[9] DI CORLETO, supra nota 3, p. 90.
[10] DI CORLETO, supra nota 3, p. 74.
[11] DI CORLETO, supra nota 3, p. 132.
[12] DI CORLETO, supra nota 3, p. 104.

mujeres de clases acomodadas solo quedaban expuestas a ser penadas cuando obligaban a sus sirvientas a abortar. De esta forma "la administración de justicia penal solo se ocupaba de los abortos practicados por los cuerpos de las mujeres de bajos recursos".[13] Esta reflexión —demás está decirlo— no ha perdido, en absoluto, su vigencia. Quienes luchamos por la legalización del aborto lo hacemos —al menos en parte— porque sabemos que solo serán criminalizados los abortos de las mujeres de sectores populares que no puedan acceder a mejores condiciones de higiene y que son más propensas a sufrir secuelas en su cuerpo luego de abortar.

Algunas semanas después de que el senado rechazara el proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo, *Malas madres* llegaba a mis manos como una nueva herramienta de saber, pero también de lucha. Mientras muchas mujeres esperábamos en la plaza frente al Congreso de la Nación con frío y bajo la lluvia, me preguntaba por qué aún teníamos que seguir explicando que ejercer autonomía sobre nuestros propios cuerpos no podía ser delito, quizás luego de haber recibido *Malas Madres* lo comprenda un poco más.

Es en este sentido que entiendo que la tesis de DI CORLETO ha venido a ocupar un lugar fundamental y a llenar el vacío histórico de la criminología en lo que respecta a las mujeres y es este el punto central que le da un gran valor, tanto en cuanto a lo académico, como así también en lo que respecta a la lucha feminista: el *racconto* histórico que hace la autora no solo brindará herramientas para investigaciones posteriores, sino que también nos ayudará a comprender por qué aún castigamos el aborto, por qué aún hoy en día el derecho penal persigue a las "malas madres".

En la introducción a su libro, DI CORLETO sostiene que "el derecho puede ser tanto un motor de cambio como un custodio de la tradición", esa frase que me ha quedado grabada desde la primera vez que leí el libro es un buen resumen de lo que *Malas madres* tiene para aportar: el aspecto histórico del libro demuestra cómo y por qué el derecho ha sido y continúa siendo un custodio de la tradición que impide a las mujeres tener control del propio cuerpo y poder decidir en lo que respecta a la maternidad; y a la vez, su aspecto más reflexivo brinda herramientas para que efectivamente el derecho pueda convertirse en un motor de cambio.

[13] DI CORLETO, supra nota 3, p. 179.

La autora deja entrever con claridad, ya desde el comienzo de su obra, que este "cambio" del que hablamos no se producirá en el ámbito del derecho, sino que este último podrá ser solo el reflejo de un cambio socio-cultural que atraviese a la sociedad toda, incluyendo a los operadores del derecho. En este sentido sostiene DI CORLETO que "el derecho no tiene existencia autónoma y que su fuerza o eficacia depende de sus operadores y de los contextos que los cobijan, muchas veces cerrados a los cambios".[14]

III. Conclusiones. Las "malas madres" del siglo XXI

Aproximadamente cien años después del período histórico que ha sido objeto de estudio de la tesis de DI CORLETO, muchas de las cuestiones que relata —que parecieran *a priori* haber quedado atrás— siguen reproduciéndose dentro del poder judicial.

La criminalización de las *malas madres* se encuentra más vigente que nunca, precisamente porque "*el derecho no tiene existencia autónoma*" y el cambio socio-cultural que se necesita para dejar de lado la dicotomía entre la "buena" y la "mala" madre aún no ha sucedido.

Más allá de la criminalización en el siglo XXI de las mujeres que cometen abortos —que podría ser, por sí misma, un tema de tesis—, existen dos casos que podrían, tiempo atrás, haber sido catalogados como "infanticidios", que han llamado mi atención.

Hace algunos meses en unas jornadas en la Universidad de José C. Paz escuché a Clara Fernández Segovia[15] exponer acerca de un caso que me remitió, automáticamente, al libro de DI CORLETO: Fernández Segovia había realizado —en su tesis de maestría— un análisis acerca de la violencia de género perpetuada por el Poder Judicial de la Nación, a propósito del caso de Yanina González (2015).

Yanina había sido denunciada, en el marco de una causa penal que tramitaba en un juzgado de San Isidro, por el delito de abandono de persona seguido de muerte agravado por el vínculo por

[14] DI CORLETO, supra nota 3, p. 17.
[15] Ver FERNÁNDEZ SEGOVIA, *La resolución judicial como violencia de género. La criminalización de la maternidad a la luz del caso "Yanina González": propuesta epistemológica para el saber jurídico penal*, disponible en http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/07/doctrina46778.pdf [enlace verificado el 20 de junio de 2019].

haber omitido "de forma consciente y voluntaria" brindarle la asistencia médica necesaria a su hija de dos años, que padecía graves lesiones. El aspecto que vale la pena resaltar aquí es que aquellas lesiones que su hija padecía —que posteriormente le causaron la muerte— fueron perpetradas por la pareja de Yanina, quien ejercía violencia contra ambas; y que, durante el proceso penal, Alejandro Fernández —pareja de Yanina— permaneció en libertad mientras que ella estuvo detenida preventivamente durante catorce meses —incluso durante el embarazo de su segundo hijo—.

El segundo caso que ha llamado mi atención —de trascendencia mediática en estos días— es el de Yanina Farías, una joven que padecía un retraso madurativo y convivía, junto a sus dos hijos pequeños —de dos y cuatro años—, con un hombre que no era su pareja, con quien su familia había hecho una suerte de "arreglo". Este hombre intentó abusar de Yanina y, mientras ella intentaba defenderse, él tomó con violencia a la niña de dos meses y la golpeó hasta que perdió el conocimiento. Yanina la llevó al hospital pero la pequeña murió, circunstancia de la que ella pudo tomar conocimiento meses después, porque fue inmediatamente detenida por "homicidio agravado por el vínculo". Yanina continúa, a la fecha, detenida.

Estos casos que ocurren y, lamentablemente, seguirán ocurriendo si las operadoras y los operadores continuamos reproduciendo estereotipos, me llevan a reafirmar, en el presente, una de las primeras reflexiones del libro de DI CORLETO, según la cual "la criminalidad femenina solo puede ser aprehendida si, como complemento al estudio de los sistemas judiciales, también se estudian otras formas de control impuestas por la cultura dominante".[16] Mientras la cultura patriarcal dominante siga intentando controlar nuestros cuerpos, seguiremos siendo criminalizadas por elegir.

[16] DI CORLETO, supra nota 3, p. 28.

EN LETRA: DERECHO PENAL
Año V, número 8, pp. 225-229

"NEUROCIENCIAS, TECNOLOGÍAS DISRUPTIVAS Y TRIBUNALES DIGITALES" DE DANIEL PASTOR Y MARTÍN HAISSINER

Rocío Belén GUASTAVINO*

Fecha de recepción: 5 de mayo de 2019
Fecha de aprobación: 20 de mayo de 2019

PASTOR, Daniel, y HAISSINER, Martín, Neurociencias, tecnologías disruptivas y tribunales digitales, Buenos Aires, Hammurabi, 2019, 124 pp.

No son frecuentes las reflexiones sobre la fusión del derecho, las neurociencias y la inteligencia artificial, sobre todo porque es un tema en estado embrionario que provoca distintas reacciones: temido por algunos, odiado por otros, visto con optimismo a veces y estudiado en profundidad en pocas ocasiones. Quienes se atreven a enfrentar las grandes transformaciones que se dan de manera constante, e intentan crear una estructura teórica que les dé un marco, permitirán —quizás y eventualmente— la previsión de nuevos cambios, preparase para estos y ayudar a que se desarrollen de la manera más cómoda y respetuosa de los derechos humanos. Crear doctrina, en este sentido, es una tarea necesaria para no dejar al arbitrio del tiempo o inercia temas importantes que afectan tan de cerca a los seres humanos.

Tal como las partículas de la materia gaseosa, los avances tecnológicos están en constante movimiento, fluido y poco previsible. Trabajos del tenor de *Neurociencias, tecnologías disruptivas y tribunales digitales* son necesarios para crear un espacio de análisis de estas innovaciones. De la misma manera en que la materia gaseosa puede transformarse en algo sólido, a medida que estos avances técnicos se vayan asentando en nuestra sociedad y en el derecho, deberán acompañarlos obras doctrinarias para comprender y prever consecuencias de alto impacto, obras que puedan avizorar las maneras en que las neurociencias y la inteligencia artificial transformarán el derecho —quizás aumentando su faz positiva y mitigando su faz negativa—. Muy probablemente, estas irrupciones actuales darán paso a nuevos procesos disruptivos futuros: tecnologías inimaginables, que pueden empoderar y ser aún mejores que las actuales, sin dudas.

* Estudiante de derecho (UBA). Contacto: rguastavino@derecho.uba.ar

Cerebro, máquina, derecho y explosión tecnológica son algunas de las palabras con las cuales los autores reciben al lector, dándole la bienvenida a un mundo que crece en forma exponencial. Y es que ellos mismos establecen un objetivo claro en la primera página de la obra: "explorar las posibilidades de aumentar la propensión hacia un uso racional del poder del derecho para lograr su fin legítimo y, por consiguiente, disminuir su empleo torcido [a través de] la ciencia jurídica, las neurociencias y las tecnologías disruptivas".[1] Así, se dedican a estudiar la aplicación de las neurociencias al derecho a través de la utilización de la informática, reparando en conceptos como toma de decisiones, sesgos cognitivos, inteligencia artificial, autoaprendizaje y realidad aumentada.

Lejos de tener una narrativa exclusivamente academicista, los autores eligen hablar sobre derecho, inteligencia artificial y neurociencias de una manera dinámica y entretenida. Se desprenden de la rigidez de libros y manuales tradicionales. Lejos de apelar a tecnicismos, latinismos constantes y conceptos oscuros, la escritura parece tomar la perspectiva tecnológica, al querer llevar el mensaje rápida y eficazmente a las personas. Ahora, lo importante es transmitir: que la información llegue, se comprenda y se interiorice, sobre todo en temáticas que repercuten en la cotidianeidad profesional, académica y personal de todas las personas, por ser el Derecho una disciplina social.

Esta obra es un excelente punto de partida para adentrarse al campo de las neurociencias y las tecnologías disruptivas aplicadas a nuestra disciplina, ya que permite una lectura llevadera por su esencia dinámica y entretenida. Explica conceptos técnicos con invenciones creativas para visualizar la injerencia de las tecnologías en distintas áreas: el programa *Shelley*, cuyos algoritmos crean historias de terror; computadoras como Deep Blue, que desafiaron a campeones de ajedrez; y foto-multas explicadas con un *comic* del año 1977.

Neurociencias, tecnologías disruptivas y tribunales digitales se divide en cinco capítulos. El primero, "Cerebro, máquina y derecho", constituye una introducción a los temas a abordar. Hace una descripción preliminar del estado de la tecnología en el derecho —expedientes judiciales, automatización en la elaboración de dictámenes, sistematización de legislación y jurisprudencia—, a la vez que destaca el rol central de las neurociencias y las tecnologías disruptivas en el impulso de mejoras.

[1] PASTOR/HAISSINER, *Neurociencias, tecnologías disruptivas y tribunales digitales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2019, p. 11.

Claro está que si bien los cambios tecnológicos se fueron sucediendo paulatinamente durante los últimos siglos, no fue sino hasta las últimas décadas que la tecnología hizo un salto drástico, hasta llegar a la inteligencia de las máquinas. El segundo capítulo, "La explosión tecnológica", se centra en la tecnología moderna y se dedica a explicar muy claramente conceptos de inteligencia artificial: *machine learning*, *deep learning*, redes neuronales artificiales, *blockchain*, minado y *big data*, ilustrados con sucesos históricos en el mundo del ajedrez y de los videojuegos, en el que máquinas vencían a jugadores profesionales número uno del mundo.

La inteligencia de las máquinas fue introducida también a la disciplina de la ley. "Las foto-multas y el juez Dredd", el tercer capítulo, estudia el paradigmático caso del sistema sancionador conocido como "foto-multas", un ejemplo de tecnología aplicada a la generación de responsabilidad jurídica. Si bien este sistema no es objetado, se plantea el interrogante referente a "si son aceptables procedimientos automatizados [...] cuando lo que está en juego es mucho más que una pena pecuniaria".[2]

Este capítulo podría tomarse como una referencia de los autores al aspecto crítico del avance tecnológico, o más bien lo que debería evitarse. Este capítulo, necesario para no caer en la euforia tecnológica, se plantea como una crítica a la tendencia pan-punitivista. Si así no, entonces ¿cómo?

Para responder la pregunta, en el capítulo "Un ejemplo de resolución computacional: La calculadora de la prescripción", los autores describen un experimento realizado en el marco de una investigación efectuada por el Instituto de Neurociencias y Derecho (INEDE) y la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires: la calculadora de la prescripción, un programa que resuelve planteos judiciales de extinción de acciones por prescripción. Con este ejemplo, los autores destacan las ventajas de la aplicación de la inteligencia artificial en el derecho: soluciones en poco tiempo, reducción del margen de error, mayor capacidad de rendimiento y ausencia de desconcentración y cansancio humanos.

Como conclusión, en "¿Hacia una máquina boca de ley?" se hace un recorrido sobre los beneficios de la tecnología moderna en el sistema judicial, así como también sobre las objeciones realizadas y las dificultades que se presentan a la hora de crear y aplicar programas de inteligencia artificial para la agilización del Poder Judicial. Se pone de manifiesto los desafíos —trazabilidad

[2] PASTOR/HAISSINER, *supra* nota 1, p. 69.

algorítmica, motivación de sentencias, supresión de instancias—, los beneficios —*big data*, acceso a la información gracias a la sistematización, menos arbitrariedades y errores— y tal vez previsiones de futuros programas inteligentes aplicados a la burocracia judicial. En particular, los autores barajan la posibilidad de creación de la calculadora de la *probation*, un sistema de inteligencia artificial —todavía en etapa investigativa— que pueda conceder o no la suspensión de juicio a prueba.

De todos modos, la posición sostenida en esta obra es clara: "es indispensable comenzar a aplicar toda la tecnología disruptiva que se pueda al mejoramiento de las prácticas judiciales".[3]

Los paradigmas desafiantes requieren mentes rápidas que logren ver lo que hay luego del futuro. Los autores escogieron la frase "una nueva tecnología puede transformar la sociedad, pero cuando esta se encuentra en pañales son muy pocas las personas capaces de ver todo su potencial" como epígrafe del título del último capítulo. Esta frase, lejos de querer sesgar de elitista al advenimiento de la inteligencia artificial en el derecho, es una invitación a que la academia y los operadores judiciales puedan ponerse a disposición de la disrupción de las tecnologías en el derecho, sus desafíos y sus beneficios, para aprovechar su potencial y descubrir cómo atenuar su fase negativa.

Es muy recomendable abordar este texto como introducción a estas temáticas. El único punto débil que podría aducirse es que para profundizar el conocimiento en inteligencia artificial judicial, se necesitará apelar a más bibliografía, dada la corta extensión de la obra. Sin embargo y al contrario, esto podría tomarse como un punto a favor: la divulgación de las innovaciones en el derecho debe ser concreta, clara y contener lo esencial, para alejarse de la tradición de la escritura confusa y de innecesaria larga extensión. Logra su cometido: que quien lee comprenda cómo está cambiando la burocracia digital legal y cuáles son sus desafíos.

Tanto las iniciativas prácticas como la creación doctrinaria son necesarias para incentivar y acompañar la revolución tecnológica que, en palabras de Pastor y Haissiner, tendrá una recepción de alto impacto en la función judicial de los Estados, para aprovechar así todos los beneficios de la tecnología en nuestra disciplina.

[3] PASTOR/HAISSINER, *supra* nota 1, p. 113.

En consonancia con esto, lejos de establecer verdades, los autores plantean interrogantes para seguir investigando a qué lugar esta ola tecnológica nos llevará. Comprender las transformaciones jurídico-tecnológicas significa adquirir los conocimientos que nos permitirán intervenir en este cambio de paradigma. Para esto, debemos nutrirnos de textos como el que se reseña aquí, para prepararnos para lo que viene y ser, también, artífices. Este libro demuestra que la realidad en la que nos encontramos inmersos, de burocracia lenta, puede ser el punto de partida que nos empuje a descubrir nuevos caminos más eficientes, que permitan una maximización del disfrute de los derechos.

PAUTAS DE PUBLICACIÓN

1. EN LETRA: DERECHO PENAL se define como un espacio editorial cuya premisa fundamental consiste en fomentar el debate institucional a partir de la crítica informada de materias actuales de interés general, desde una perspectiva académica.

De allí que son pautas sustanciales para la remisión de artículos para la Revista EN LETRA: DERECHO PENAL:

a. Carácter inédito del texto. No debe estar publicado, total o parcialmente, en soporte papel ni digital alguno, lo que incluye —aunque no se limita a—: libros, capítulos de libros, artículos, compilaciones, revistas impresas o electrónicas, suplementos digitales, blogs y sitios de Internet en general.

b. Originalidad y relevancia. Se pretende el análisis de temáticas relevantes a partir de aportes y perspectivas originales, tales que permitan un debate académico e informado de materias actuales.

c. Sistematicidad y rigurosidad académica. Es preciso que las ideas manifestadas en el texto formen un todo coherente, cohesivo y articulado. El desarrollo y la conclusión deben presentar una extensión razonable y ser acordes a los objetivos planteados en el trabajo. Y a su vez, deben respetarse las reglas gramaticales y ortográficas de la lengua española, y los parámetros generalmente aceptados del discurso académico-científico.

2. Deben redactarse en soporte digital: procesador de textos Microsoft Word 2003 o posterior. Fuente Times New Roman, tamaño 12 puntos, interlineado de 1,5 líneas, hoja tamaño A4 (210 x 297 mm) y márgenes por defecto (superior e inferior 2,5 cm; izquierdo y derecho 3 cm). Las notas a pie de página deben redactarse en tamaño 10 puntos e interlineado simple. La extensión del trabajo —incluyendo notas al pie, citas en el cuerpo del trabajo y bibliografía al final del artículo— debe ser de 15 a 25 páginas. En casos de contribuciones de gran importancia e interés científico podrán publicarse, excepcionalmente, trabajos más extensos.

3. El orden a seguir en la presentación es el siguiente:

a. Título del trabajo en español. Es posible consignar, en nota al pie, cualquier agradecimiento, dedicatoria, aclaración o comentario sobre el texto.

b. Nombre completo del autor o los autores. Es necesario consignar, en nota al pie, profesión, títulos, la afiliación institucional y un correo electrónico de contacto.

c. Resumen del trabajo en español (5 a 15 líneas).

d. Palabras clave en español.

e. Título y resumen del trabajo en inglés (e ser posible).

f. Palabras clave en inglés (de ser posible).

g. Cuerpo del trabajo.

h. Bibliografía.

4. Las notas a pie de página se numerarán consecutivamente en el cuerpo del trabajo y no al final del documento.

5. Los apellidos de los autores se escriben EN VERSALITAS. El nombre del autor solamente se colocará al final del texto, en un apartado dedicado exclusivamente a la bibliografía. Si en vez de ser autor se trata del editor del volumen, va seguido de "(ed.)" y, si es compilador, de "(comp.)". En caso de ser varios los autores, se coordinan con el símbolo "/", y de ser más de cinco los autores, es posible colocar la expresión *et al*. (en cursiva). Si son editores, tras los autores se coloca entre paréntesis "(eds.)" y si son compiladores "(comps.)".

Los títulos de los libros y los nombres de las revistas se escriben en *bastardilla*. En cambio, los títulos de los artículos y capítulos van "entre comillas dobles". En todos los casos, se deberá colocar el año de publicación (y, si es diferente de la primera edición entre corchetes el año original) y al final el lugar de edición y la editorial. En el caso de las revistas, al final se incluirá el número de volumen, tomo o fascículo. Tanto en el caso de las revistas como en el de capítulos de libros, se indicarán las páginas de inicio y fin (con números completos).

Ejemplos de citas:

a) Monografías y manuales

SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005 [1991].

b) Capítulos dentro de libro individual

GIMBERNAT, Enrique, "¿Tiene un Futuro la Dogmática Jurídicopenal?", en *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 1990 [1970], pp. 158-183.

c) Capítulos dentro de libro colectivo

GALLI, María de las Mercedes, "El desistimiento de la tentativa. La 'voluntariedad' como presupuesto para la eximición de pena contenida en el art. 43 del Código Penal", en ZIFFER, Patricia (ed.), *Jurisprudencia de Casación Penal*, Tomo I, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, pp. 15-44.

d) Artículos en revista

FLETCHER, "New Court, Old Dogmatik", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, pp. 179-190.

e) Jurisprudencia nacional

En las citas se consignarán el tribunal (en mayúsculas abreviadas o versales), la sala (si correspondiera), los "autos" (entre comillas), la fecha de la decisión y, si lo hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

Ejemplo:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, "Priebke, Erich s/ Solicitud de extradición", 2 de noviembre de 1995 (Fallos 318:2148)

f) Jurisprudencia internacional

En las citas se consignarán el tribunal (en mayúsculas abreviadas o versales), el nombre del caso y/o las partes (entre comillas y/o entre paréntesis), la fecha de la decisión y, si lo hubiera, la fuente de donde se tomó la sentencia concreta, que se cita entre paréntesis o corchetes:

Ejemplo:

CORTE PENAL INTERNACIONAL, SJ II, *Fiscal c. Germain Katanga*, "Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case", 25 de septiembre de 2009.

g) Citas de Internet

Solo se admitirán, generalmente, cuando no exista otra fuente de información y siempre que la página web sea totalmente confiable (en general se trata de publicaciones en formato electrónico o documentos oficiales, no de páginas personales o blogs). Debe indicarse al final no solamente la página de Internet sino también, entre corchetes, la fecha en que se consultó por última vez:

Ejemplo:

AMBOS, Kai, "Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible", en *Política criminal*, número 5, p. 25. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_6_5.pdf [enlace verificado el 5 de abril de 2015].

Casos Especiales

a) Obras traducidas

En las obras traducidas deberá aclararse quién realizó la traducción:

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

b) Festschrift y comentarios

Tanto los artículos publicados en libros homenajes (Festschrift) como en comentarios a leyes (ej. StGB) se citarán a partir de un sistema abreviado:

HOYER, Andreas, "'Umräumen von Möbeln' auf offener Bühne", en *FS-Frisch*, Duncker & Humblot, Berlín, 2013, pp. 223 ss.

ESER/BOSCH, "§ 242", en S/S-StGB, 28.ª ed., Múnich, C.F. Müller, 2011, n.º m. 37 ss.

6. El envío deberá realizarse exclusivamente por correo electrónico a la dirección enletrapenal@enletra.com. Dentro de las 48 horas se contestará con un acuse de recibo.

7. Recibido el artículo, el Comité Editorial procederá a evaluarlo para su publicación en el próximo número de la Revista, de acuerdo con el procedimiento establecido. En todo caso, podrá solicitar al autor que realice modificaciones formales o sustanciales en su trabajo con anterioridad a su publicación.

PAUTAS SUSTANCIALES Y FORMALES PARA LA REMISIÓN DE RÉPLICAS Y DÚPLICAS

8. Son de aplicación las señaladas para el envío de artículos, a excepción de las siguientes:

a. El objeto de la réplica viene constituido por el texto replicado y la temática abordada por este. El objeto de la dúplica resulta igualmente de la réplica y la temática en cuestión.

b. La extensión de la réplica o la dúplica será de 15 páginas como máximo.

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Y ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD

El envío de material a EN LETRA: DERECHO PENAL con miras a su publicación en la revista supone el conocimiento y aceptación de las presentes pautas por parte del autor o de los autores, la declaración formal de que dicho material es inédito y de su autoría, la cesión irrevocable a EN LETRA: DERECHO PENAL de los derechos de autor sobre aquel y la asunción exclusiva de responsabilidad por eventuales daños que la publicación del material pudiera causar a EN LETRA: DERECHO PENAL, sus integrantes o a terceras personas. A tal fin, en ocasión de notificar la aprobación del trabajo y antes de su publicación, se requerirá del autor o de los autores el envío de un compromiso firmado que se les hará llegar oportunamente.

***

PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

El procedimiento de evaluación varía según los tipos textuales enviados a EN LETRA: DERECHO PENAL (artículos, réplicas, columnas, traducciones y comentarios bibliográficos), ya sea que se remita en virtud de la convocatoria editorial abierta y permanente o a través de una invitación a publicar del Comité Editorial de la revista.

Con respecto a los artículos, todo original es sometido a un proceso de dictamen por pares académicos bajo la modalidad doble ciego (*peer review double blind*). Antes de someter el artículo a evaluación de los árbitros, la Secretaría de Redacción realiza un primer informe sobre la adecuación del artículo a las pautas formales de la revista. En caso de incumplimiento de alguna pauta, se le solicitará al autor que modifique su trabajo. Posteriormente, se les asigna el trabajo a árbitros externos, especializados en la materia y con antecedentes equivalentes o superiores a los del autor. Cada dictamen concluirá con el voto por la aprobación o rechazo del trabajo, o el condicionamiento de su publicación a la realización de modificaciones por el autor. El resultado se alcanza por mayoría simple de votos y en cualquier supuesto de empate se estará por solicitar al autor las modificaciones señaladas. En todos los casos, los dictámenes fundados son remitidos al autor.

En cuanto al sistema de doble ciego (*double blind*), el procedimiento de evaluación es anónimo en dos sentidos. Por un lado, los árbitros ignoran la identidad del autor del material que evalúan; a tal fin, antes de la asignación del trabajo, la Secretaría de Redacción quita todo dato o indicio que pudiera conducir a conocer la autoría (nombre, afiliación institucional, agradecimientos, dedicatorias, etc.). Por otra parte, los dictámenes individuales no son suscriptos por los evaluadores, de modo que estos permanecen anónimos para el autor que recibe el resultado del arbitraje.

Las columnas solamente serán publicadas tras una invitación por parte del Comité Editorial y la decisión sobre su publicación se toma a partir de una mayoría simple de los miembros de dicho comité. Para los comentarios bibliográficos se procede de la misma forma, con la diferencia de que la convocatoria es abierta (no se requiere invitación).

***

EN LETRA
DERECHO PENAL

Año V, N.º 8, Mayo de 2019

Dirección:
Leandro A. Dias (Dir.)
José R. Béguelin (Sub.)
Noelia T. Núñez (Sub.)
Pablo D. Larsen (Sec. de Redacción)

Comité Editorial:
Antonella Donnes
Ezequiel Jiménez
Santiago Mollis
Noelia T. Núñez
María Belén Rodríguez Manceñido
Alejandra Verde
Thomas Wostry

Consejo Académico:
Kai Ambos
María Laura Böhm
Hernán Bouvier
Alejandro Chehtman
Luis Chiesa
Fernando Córdoba
Marcelo Ferrante
George P. Fletcher
Luís Greco
Hernán Gullco
Alejandro Kiss
Máximo Langer
Marcelo D. Lerman
Marina Lostal Becerril
Ezequiel Malarino
María Laura Manrique
Juan Pablo Montiel
Héctor Olásolo Alonso
Daniel Pastor
Gabriel Pérez Barberá
Marcelo A. Sancinetti
Eugenio Sarrabayrouse
Alejandra Verde
Patricia Ziffer