

Urs Kindhäuser

**BIEN JURÍDICO, SEGURIDAD
Y HECHO PUNIBLE DESDE UNA PERSPECTIVA
COMUNICATIVA DEL DERECHO PENAL**

ENTREVISTAS Y CONFERENCIAS

Estudio introductorio, entrevistas y edición
Esteban Mizrahi



Universidad Nacional de La Matanza

BIEN JURÍDICO, SEGURIDAD Y HECHO PUNIBLE DESDE UNA
PERSPECTIVA COMUNICATIVA DEL DERECHO PENAL

URS KINDHÄUSER

BIEN JURÍDICO, SEGURIDAD Y HECHO
PUNIBLE DESDE UNA PERSPECTIVA
COMUNICATIVA DEL DERECHO PENAL

Entrevistas y conferencias

Estudio introductorio, entrevistas y
edición

Esteban Mizrahi



Universidad Nacional de La Matanza

Kindhäuser, Urs

Bien jurídico, seguridad y hecho punible desde una perspectiva comunicativa del derecho penal : entrevistas y conferencias / Urs Kindhäuser ; editado por Esteban Mizrahi. - 1a ed. - San Justo : Universidad Nacional de La Matanza, 2017.

124 p. ; 21 x 15 cm.

ISBN 978-987-3806-99-5

1. Filosofía del Derecho. I. Mizrahi, Esteban, ed. II. Título.
CDD 340.1

© Universidad Nacional de La Matanza, 2017
Florencio Varela 1903 (B1754JEC)
San Justo / Buenos Aires / Argentina
Telefax: (54-11) 4480-8900
editorial@unlam.edu.ar
www.unlam.edu.ar

Diseño: Editorial UNLaM

ISBN: 978-987-3806-99-5

Hecho el depósito que marca la ley 11.723
Prohibida su reproducción total o parcial
Derechos reservados

ÍNDICE

PRÓLOGO.....	9
ESTUDIO INTRODUCTORIO	
NEOPUNITIVISMO Y CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO.....	11
PRIMERA ENTREVISTA	31
PRIMERA CONFERENCIA	
PENA, BIEN JURÍDICO PENAL Y PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS	43
SEGUNDA ENTREVISTA	57
SEGUNDA CONFERENCIA	
DERECHO PENAL DE LA SEGURIDAD. LOS PELIGROS DEL DERECHO PENAL EN LA SOCIEDAD DE RIESGO	73
TERCERA ENTREVISTA.....	89
TERCERA CONFERENCIA	
ANTI JURIDICIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE UN MODELO “COMUNICATIVO” DEL HECHO PUNIBLE.....	105

PRÓLOGO

Quienes pertenecen a nuestra generación, y seguramente a la que nos antecedió, saben que hasta no hace mucho tiempo contábamos con un marco relativamente estable para pensar y enseñar derecho penal o filosofía del derecho. Sin embargo, hoy en día esas certezas se ven amenazadas reiteradamente por fenómenos de difícil aprehensión y comprensión, que embisten contra las tradicionales fronteras de los Estados de derecho contemporáneos. El origen transnacional de los problemas de nuestro tiempo, tales como el terrorismo o el narcotráfico, requieren –a su vez– de formas novedosas de pensamiento. Y el libro que aquí presentamos, *Bien jurídico, seguridad y hecho punible desde una perspectiva comunicativa del Derecho Penal* de Urs Kindhäuser, con la edición de Esteban Mizrahi, se aboca a ello al recorrer diversas temáticas iusfilosóficas inherentes al derecho penal contemporáneo, a sus posibilidades y a sus límites en el marco de un Estado de derecho democrático.

Instalado dentro de una línea de reflexión e investigación que se viene desarrollando en nuestro Departamento de Derecho y Ciencia Política desde principios de la presente década, este libro es el resultado de una fructífera relación de intercambio académico entre la cátedra de Filosofía del Derecho que dirige el Dr. Mizrahi y el Dr. Urs Kindhäuser, director del Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Bonn. Por ello, resulta un orgullo para nuestro Departamento presentar una obra como esta, en la que se incluye una selección de tres entrevistas realizadas por el equipo de la cátedra de Filosofía del Derecho y tres conferencias con sus debates posteriores que tuvieron lugar durante las visitas periódicas que el Dr. Kindhäuser realiza desde 2011 a nuestra casa de altos estudios.

El mencionado intercambio se inscribe –como se ha dicho– en una línea de trabajo abierta, en desarrollo y prolífica, que se inició con el proyecto PROINCE D021 “Derecho penal del ciudadano versus derecho penal del enemigo. Un análisis de los presupuestos filosóficos de la teoría penal de

Günther Jakobs”, y que continúa en el PICT 2013-0707 “Neopunitivismo y crisis de soberanía estatal. Un análisis interdisciplinario de los fundamentos y consecuencias del Derecho Penal de emergencia” financiado por el Fondo para la Investigación Científica y Tecnológica (FonCyT) de la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica (ANPCyT). Vaya entonces el reconocimiento no sólo al director de los proyectos, sino también al equipo de investigación que lo acompaña. Andrés Di Leo Razuk, Laura Eberhardt, Julieta De San Félix, Javier Flax, Pablo Eiroa, Ezequiel Malarino, Martín D’Ascenzo y Germán Gallino son algunos de los docentes, investigadores y becarios que participan en este desafío.

Por la potencia del pensamiento de Urs Kindhäuser, la agudeza teórica de Esteban Mizrahi expuesta en el estudio preliminar y la riqueza de las intervenciones de los interlocutores en estas conversaciones, este volumen continúa urdiendo la trama que años atrás este equipo iniciara con *Los presupuestos filosóficos del Derecho Penal contemporáneo. Conversaciones con Günther Jakobs*. Al igual que entonces, el presente trabajo dará que hablar.

Dr. Luis E. Busnelli

Decano

Departamento de Derecho y Ciencia Política
Universidad Nacional de La Matanza (UNLaM)

ESTUDIO INTRODUCTORIO

NEOPUNITIVISMO Y CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO

Esteban Mizrahi
Universidad Nacional de La Matanza

I. Narcotráfico y terrorismo

Narcotráfico y terrorismo son dos fenómenos delictivos que tanto por su dimensión transnacional como por sus efectos demolidores representan amenazas de primer orden para los actuales Estados de derecho. También y no en último término porque atentan contra los fundamentos filosóficos que la modernidad elaboró para justificar el ejercicio legítimo de su soberanía.

Por un lado, el narcotráfico necesita de la existencia del Estado de derecho en su actual configuración. Su objetivo estratégico es cooptar su estructura y valerse de la legitimidad de la que gozan sus cuerpos represivos para perseguir competidores dentro del territorio nacional y, al mismo tiempo, desactivar toda intromisión de los aparatos de seguridad en sus áreas específicas de interés y de acción. Si esta operación resulta exitosa, no sólo se consigue monopolizar el negocio, con la consecuente facilidad para incrementar los márgenes de rentabilidad, sino sobre todo gozar de una absoluta impunidad para seguir operando allí donde se ha conseguido la hegemonía. Así, a través de la corrupción política, el lavado de dinero y el incremento desmedido de violencia callejera, el narcotráfico erosiona las bases de una cultura cívica democrática. Por lo cual, si bien es cierto que necesita del Estado, esta necesidad, lejos de fortalecer los valores propios de un Estado de derecho, va debilitándolos hasta transformar la trama discursiva que los sostiene en una mera retórica carente de contenido y fuerza vinculante. Y este desarrollo

representa un serio peligro para la gobernabilidad democrática, que asienta su legitimidad en el principio de soberanía popular basado en el ideal de autonomía y en el de igualdad ante la ley.

Por otro lado, el terrorismo transnacional de motivación religiosa hace blanco en los Estados de derecho occidentales con el propósito explícito de destruirlos. No pretende invadirlos ni colonizarlos, sino aterrorizar a sus pobladores. Se trata de una estrategia que busca imponer miedo a través del uso espectacular de la violencia. Su eficacia opera más en el plano simbólico que en el material. Para realizar sus atentados, el terrorismo utiliza la infraestructura que le proveen sus víctimas y se vale de los medios masivos de comunicación como amplificador. Así, cuanto más dramáticos sean sus ataques tanto mayor será la atención dispensada por los medios y, en consecuencia, más eficaz el impacto simbólico. También el carácter imprevisible y azaroso de sus embestidas busca generalizar la sensación de que nadie puede sentirse seguro ni estar a salvo. Esto multiplica el efecto simbólico del terror. La alta concentración poblacional y la elevada penetración tecnológica de las grandes urbes contemporáneas son el ecosistema propicio para el desarrollo de esta estrategia, pues sus pobladores quedan expuestos a la constante irrupción de catástrofes. En la sociedad de riesgo generalizado basta con que un individuo diseñe un plan criminal y esté dispuesto a morir en su ejecución para que pueda perpetrar una acción terrorista de alto impacto con relativa facilidad. Incluso sin necesidad de violar ninguna norma hasta el momento mismo del atentado, tal como demuestra lo ocurrido recientemente en Normandía, en Niza y en Orlando.¹

Tanto el entramado de corrupción y violencia propio de la penetración del aparato de Estado en manos del narcotráfico como la sensación de inseguridad y desamparo que conllevan los ataques terroristas logran socavar uno de los pilares sobre los que se erige, desde Thomas Hobbes en adelante, el ejercicio legítimo de soberanía, a saber: el *protego ergo oblige*. En efecto, hacia el final de *Leviathan* puede leerse que el verdadero propósito de la obra no ha sido otro que “poner de relieve la mutua relación existente entre protección y obediencia” (Hobbes 1651: 396). Para Hobbes, los hombres están dispuestos a abstenerse del uso irrestricto de su libertad natural y del ejercicio de la violencia sobre otros hombres sólo en razón de su propia conservación y para lograr una vida más armónica. Por ello abandonan su miserable condición natural y se someten a un soberano con el fin de alcanzar la paz y la seguridad. De ahí que la legitimidad de la soberanía estatal recaiga en primera y en última instancia sobre la capacidad que exhiba el soberano para proteger a los súbditos. Si no está en condiciones de ofrecer

protección, tampoco puede exigir obediencia. Y caído este vínculo, el Estado deja de existir.

Pero en un Estado de derecho democrático obediencia significa respeto a la ley. Respetando las leyes, los individuos hacen lo que quieren en calidad de ciudadanos porque la fidelidad al derecho estriba, en definitiva, en que sean capaces de asumir las prescripciones jurídicas como expresión de su propia voluntad a través del juego de mediaciones requerido por la representación política e institucional propia de una sociedad de masas. A través de la votación, el pueblo elige a los legisladores que elaboran las leyes; las cuales a su vez establecen los modos en que han de ser ejecutadas y aplicadas. Luego, el Poder Ejecutivo y el Judicial toman decisiones colectivamente vinculantes. De esta manera, los ciudadanos se transforman en destinatarios de las normas que ellos mismos programaron para ordenar su convivencia. Con todo, este dispositivo exige que los aparatos de Estado brinden la protección necesaria para el ejercicio de derechos y libertades tanto como la garantía de un trato igualitario para el cumplimiento de deberes y obligaciones. Si ambas cosas no están aseguradas, tampoco es posible un Estado de derecho democrático.

En efecto, Immanuel Kant define el *estado* jurídico en §41 de la Doctrina del Derecho como “aquella relación de los hombres entre sí que contiene las condiciones bajo las cuales sólo cada uno puede gozar de su derecho” (Kant 1798: 422-423). Pero gozar de un derecho significa no solo contar con su reconocimiento formal, sino poder ejercerlo con libertad. Y para que esto suceda, el Estado debe garantizar que ciertas condiciones de seguridad estén dadas. De lo contrario, la persona se ve coartada de hecho en la administración de su esfera de libertad y le resulta imposible ejercer sus derechos básicos a la libertad de movimiento, a la libertad para disponer de su propiedad, a la libertad de conciencia, a la libertad de opinión, de asociación, etc. En términos de Günther Jakobs, podría decirse que los ciudadanos de un Estado deben estar en condiciones de desarrollar expectativas cognitivas sobre la base de las cuales sostener expectativas normativas. Si un ciudadano no tiene indicios ciertos de poder caminar con seguridad por la vía pública, tampoco puede ejercer con libertad su derecho a hacerlo.

Por ello estos dos nuevos fenómenos criminales de dimensiones globales les plantean a los Estados de derecho democráticos el desafío de proteger a la ciudadanía en el marco de la plena vigencia de sus principios rectores. De lo contrario, se ven en la situación dilemática de dejar de ser lo que son para seguir siendo lo que son. Y ésta parece ser, no obstante, la tendencia seguida por la mayor parte de los Estados de derecho en la actualidad, los cuales para enfrentar estas dos formas de criminalidad organizada han introducido

modificaciones en su legislación penal destinadas al adelantamiento de la punición sin una disminución proporcional de las penas, a limitar o suprimir garantías materiales y procesales y a adoptar una retórica de combate. ¿Adelantamiento punitivo o expansión penal?

Con el adelantamiento de la punición se produce un cambio en la naturaleza misma del derecho penal. Ya no consiste sólo en una herramienta eminentemente represiva. Ahora cumple también funciones preventivas encaminadas a evitar que los bienes jurídicos sean lesionados. Mucho antes de que esto suceda se busca que el derecho penal reaccione con medidas privativas de libertad; por ejemplo, ya cuando se adquieren elementos químicos con los cuales sea posible preparar explosivos, o bien cuando se establece un contacto para viajar a campos de entrenamiento terroristas. No obstante, para poder conceptualizar estas medidas de aseguramiento como adelantamiento de la punición se debe asumir, primero, que las normas del derecho penal protegen bienes jurídicos y, segundo, que los bienes jurídicos son susceptibles de una definición material y no meramente formal.

En efecto, desde una perspectiva analítica es posible definir los bienes jurídicos al menos de dos maneras. Por un lado, se encuentran diversas variables de definiciones formales que parten de la realidad normativa y concluyen en la realidad extrajurídica. Desde esta perspectiva, un bien jurídico es todo aquello que el legislador ha decidido proteger mediante una sanción penal. De esto se sigue que toda norma penal protege *eo ipso* un bien jurídico, pues no hay un criterio distinto para reconocer su existencia que la norma misma. Radicalizando este razonamiento, se diría que la norma crea el bien jurídico que protege. Por otro lado, existen distintas definiciones materiales de bien jurídico. Todas ellas hacen pie en determinados valores, intereses u objetos extrajurídicos merecedores de protección penal. Desde este punto de vista, el bien jurídico es previo e independiente de la norma. Ejemplos clásicos de esto último serían la vida, la integridad corporal y la libertad de los individuos. O dicho de una manera más general: todas aquellas cosas, instituciones o atributos del individuo que sean necesarios para el libre desarrollo de la personalidad. El recorrido aquí es inverso al caso anterior, pues la legitimidad de una norma radica en su capacidad para adecuarse a este criterio extrajurídico. En el marco de las teorías clásicas del derecho penal del siglo XIX, puede mencionarse a Karl Binding como representante de la primera posición y a Franz von Liszt como exponente de la segunda (Amelung 1972: 82).

Ahora bien, lo que aquí interesa remarcar es que tanto si se asume una posición formalista respecto de la definición de bien jurídico como si se considera que el derecho penal no tiene por objeto la protección de bienes

jurídicos sino la vigencia de la norma (Jakobs 2003), no tiene sentido hablar de adelantamiento punitivo. En el primer caso, no hay adelantamiento porque la violación de una norma supone *ipso facto* la lesión del bien jurídico que esa norma protege; en el segundo, porque la violación de una norma justifica ya la imposición de la pena prevista, si se pretende garantizar las expectativas normativas y sostener la vigencia de la norma de manera contrafáctica pese a su violación: quien quebranta una norma genera con ello una situación imputable, la cual, si quedara sin *dolor penal*, produciría una erosión de la cimentación cognitiva de la norma y con ello se perdería su realidad efectiva o al menos ésta quedaría debilitada (Jakobs 2008: 114).

Con todo, independientemente de si tiene o no sentido hablar de un adelantamiento de la punición en la evolución del derecho penal actual, sí se puede verificar un extendido proceso de expansión penal (Silva Sánchez 2011) en el que el legislador introduce un cantidad de medidas de aseguramiento que van desde la autorización de investigadores infiltrados hasta la escucha masiva de conversaciones privadas de los ciudadanos con el fin de evitar la irrupción de males futuros. Con ello se pretende controlar con el derecho penal diversas situaciones de peligro en las que se vean afectados bienes jurídicos colectivos.² Pero cuando las penas son concebidas de esta manera se borra todo límite que permita distinguir la punición de otros actos meramente coactivos ejercidos por el poder del Estado. Que las penas sean un ejercicio legítimo de coacción estatal no significa que todo ejercicio legítimo de coacción deba caer en la órbita del derecho penal. Esta tendencia inflacionaria procede a través de la introducción de toda una gama de delitos de peligro abstracto que deja en zaga los delitos de lesión y de peligro concreto (Kindhäuser 1998: 270-271; Kiss 2011: 35). Como explica Alfredo Chirino Sánchez: “El peligro abstracto se ha convertido en la forma más económica y eficiente de reproducción del derecho penal moderno. Mediante ello se amplía el ámbito de aplicación del derecho penal, se prescinde del perjuicio y la lesión y ya no es tan indispensable la constatación de la causalidad, dado que operan en la práctica como delitos de mera actividad, por lo que una deducción de la imputación objetiva sería inútil. Basta probar, únicamente, la realización de la actividad incriminada” (Chirino Sánchez 2008: 44-45).

Con esta nueva realidad normativa, caracterizada por una expansión penal en el marco del paradigma de la prevención (Cancio Meliá 2006), los Estados de derecho contemporáneos intentan dar respuesta a los peligros que amenazan la fuente de la que emana su soberanía. Sin embargo, en la medida en que con esta legislación se introducen normas ambiguas o tipos penales en blanco se apartan ya de la tradición liberal, por cuanto suelen

vulnerar los principios de intervención mínima y de legalidad tanto como los principios de culpabilidad y de proporcionalidad de las penas. Lo paradójico radica en que el ciudadano mismo es quien promueve un recorte adicional de sus propias libertades y garantías con la esperanza de enfrentar eficazmente los peligros que lo acechan.

De esta manera, a propósito de la reacción penal para enfrentar el narcotráfico y el terrorismo se aprecia en toda su dimensión la discusión normativa que gira en torno a la contraposición de dos derechos: el derecho a la seguridad en abierta colisión con el derecho a la libertad. Porque si bien es cierto que en un Estado de derecho democrático los individuos cuentan con garantías frente al poder arbitrario del Estado, no lo es menos que ese Estado sólo consigue legitimar el poder que ejerce sobre sus ciudadanos en la medida en que está en condiciones de protegerlos y permitirles disfrutar de sus bienes y libertades. Cosa que no parece ocurrir con las formas actuales de narcotráfico y terrorismo.

II. Dos posturas teóricas antagónicas

Más allá de cómo reaccionen en la actualidad la mayoría de los Estados de derecho frente a estos dos fenómenos criminales con su legislación positiva, en el marco de esta discusión normativa cabe distinguir dos posturas teóricas antagónicas. Por un lado, hay quienes priorizan la seguridad por sobre la libertad. *Primum vivere deinde philosophari* podría valer como lema para identificar esta posición. Josef Isensee, por ejemplo, asume que la seguridad es un derecho fundamental inherente a la constitución de un Estado de derecho (Isensee 1983) y Jakobs considera, por su parte, que el Estado de derecho no siempre puede subsistir si lleva sus pretensiones de validez a la máxima expresión. A menudo su existencia depende de una correcta lectura de las circunstancias, y ello implica poner un límite a su funcionamiento óptimo; límite sin el cual perecería por completo (Mizrahi 2012: 77). No obstante, el riesgo que se corre al asumir esta postura radica en que fácilmente la seguridad puede desacoplarse de la libertad y ceder a su propia lógica funcional. A diferencia de la libertad, que posee límites inmanentes, pues la de cada uno se contrapone a la de todos los demás, la seguridad puede existir, en principio, sin la libertad; o bien con un ejercicio muy recortado de los derechos y garantías. De este modo, persiguiendo sus propios imperativos funcionales, la seguridad puede sobrepasar los límites que definen un Estado de derecho democrático. Si esto ocurre, el pasaje a un Estado policial es prácticamente inevitable (Frankenberg 2005: 375-376).

Esta tendencia propia de la lógica funcional de la seguridad es lo que conduce a varios autores a sostener que el así llamado “derecho fundamental a la seguridad” se ha convertido en el grito de batalla de un nuevo autoritarismo que pretende la limitación creciente de derechos subjetivos en pos de garantizar una mayor seguridad ciudadana (Chirino Sánchez 2008). Por otra parte, si dentro de las tareas legítimas del Estado se encuentra, precisamente, la de brindar seguridad respecto del real ejercicio del derecho a la vida, a la propiedad, a la libertad de opinión y de asociación entre tantos otros, no parece siquiera plausible la adición de un derecho extra a la seguridad porque “la función de protección del Estado se vincula con la totalidad de los derechos y no se erige como una pretensión jurídica separada de estos” (Bielefeldt 2004: 14).

Precisamente en esta línea argumental están quienes sostienen que el Estado de derecho no debe ceder un ápice en la vigencia de sus principios rectores para combatir los peligros que lo amenazan. Toda claudicación en esa dirección equivaldría ya a asumir la derrota. Para los representantes de esta segunda posición teórica, la legislación penal de un Estado democrático no puede sino dirigirse a quienes están normativamente vinculados. Esta vinculación implica de suyo una anticipación de confianza por parte del Estado en la medida en que interpela a los individuos como sujetos responsables capaces de cumplir con sus deberes y obligaciones, es decir, como personas en derecho. Por lo tanto, todo endurecimiento de las penas y retroceso en el sistema de garantías materiales y procesales recae no sobre los enemigos, que por definición no están normativamente vinculados, sino irremediamente sobre los ciudadanos. En este sentido, sólo cabe enfrentar desde el derecho penal a las organizaciones criminales del narcotráfico y el terrorismo en el marco de la irrestricta vigencia de los principios y garantías de un Estado de derecho democrático. *Fiat justitia et pereat mundus* podría ser el lema de esta segunda posición, que tiene a Urs Kindhäuser por uno de sus referentes más destacados. Una somera caracterización de su pensamiento jurídico requiere tener presentes los desarrollos filosóficos de Otfried Höffe y Jürgen Habermas, pues en diálogo crítico con ellos desarrolla su defensa del Estado de derecho liberal.

III. Anticipación de confianza vs. adelantamiento punitivo

Según Kindhäuser, no es posible contar con ninguna garantía positiva capaz de asegurar de manera suficiente que los individuos correspondan a la confianza depositada en ellos. Esto se debe a que siempre es más venta-

joso desde la perspectiva individual quebrantar una norma respetada por la mayoría que auto-restringirse para cumplir con las obligaciones. En este sentido, todas las normas son en sí mismas inestables (Kindhäuser 2010: 34). Cabe preguntarse, entonces, por qué motivo seres racionales que persiguen su propio interés habrían de respetar las normas en vez de quebrantarlas. Una respuesta tradicional a esta pregunta es la siguiente: porque si todos quebrantaran las normas persiguiendo su propio interés, esta práctica dejaría de ser ventajosa e incluso posible. De hecho, ya no habría norma alguna que respetar ni quebrantar. Con ello se advierte que el depósito de confianza también implica el auto-interés: para poder disfrutar de la propia esfera de libertad es que los individuos renuncian a inmiscuirse en la esfera de libertad de los demás. O, con palabras de Kindhäuser, “como contraprestación a la propia renuncia al menoscabo de concretas libertades ajenas, uno obtiene la renuncia ajena al menoscabo de la libertad más apreciada por uno mismo” (Kindhäuser 2010: 34).

Este presupuesto contrafáctico ha sido representado por una larga tradición bajo la figura metafórica del “contrato”. Siguiendo esta línea teórica, Otfried Höffe elaboró una teoría contemporánea de la dominación política de base neo-contractualista. Sin apelar a los presupuestos antropológicos de Hobbes, Höffe recurre a la figura de un contrato originario con fines exclusivamente legitimantes. Este contrato sigue el modelo del intercambio o del canje, con la salvedad de que aquello que intercambian los individuos que integran una comunidad política no es nada positivo sino su renuncia recíproca al uso de la violencia. Con este intercambio habilitan también las condiciones de posibilidad de la acción práctica. Por eso, Höffe caracteriza este canje como negativo, dado que se intercambian renunciaciones, y como relativamente transcendental, puesto que establece las condiciones de posibilidad de lo humano como tal: “En primer lugar, en un contrato político originario se trata de intereses transcendentales, a saber, de las condiciones de posibilidad de la capacidad de acción y de la libertad de acción, para hablar en la *lingua franca*: de *conditions of agency*. Y en segundo, el contrato se dirige a aquellos intereses transcendentales que sólo pueden ser realizados en y a través de la reciprocidad. A través de este canje transcendental se fundamenta cada derecho elemental que hace posible al ser humano en cuanto humano, a saber, en tanto un ser capaz de actuar; y de ahí que se llamen derechos humanos” (Höffe 2001: 19-20). Para Höffe los derechos humanos difieren de los derechos fundamentales en cuanto a su modo de existencia, no a su contenido. Así, los derechos humanos son pautas éticas a las que debe estar sometido un ordenamiento jurídico; mientras que los

derechos fundamentales “son reconocidos de hecho por un ordenamiento jurídico dado” (Höffe 2002: 460). El fundamento de los derechos humanos no reside, según Höffe, en una cualidad de la especie que portan en los individuos, sino en la reciprocidad de las pretensiones jurídicas que se deben los sujetos de derecho los unos a otros. Por eso un Estado de derecho requiere que sus principios estén fundamentados de manera universalista, pues sólo la estricta universalización puede garantizar que la libertad de cada uno sea compatible con la de todos los demás.

En la teoría neo-contractualista de Höffe las prestaciones estatales tienen un rol secundario o subsidiario; también respecto de la responsabilidad del Estado por la justicia, porque “si protege bienes jurídicos elementales mediante leyes penales, si ordena mediante prescripciones formales la vida social y económica o si (co)financia a través de impuestos instituciones educativas, fondos sociales o sólo ramas de la economía incapaces de sobrevivir (...) todas estas prestaciones estatales presuponen a su vez prestaciones de los miembros de la comunidad jurídica, es decir, de los ciudadanos: que no se van a matar o robar los unos a los otros, que han de establecer lazos sociales, asumir transacciones y pagar impuestos” (Höffe 2011: 5).

Esta base contractualista ofrece también una plataforma para establecer una definición material del bien jurídico como “aquellas propiedades de seres humanos, cosas e instituciones que sirven al libre desenvolvimiento individual y que resultan merecedoras de protección bajo el principio de la coexistencia de libertad ventajosa para todos” (Kindhäuser 2010: 34). La protección de la que aquí se trata es la del refuerzo punitivo para las normas de comportamiento cuya violación constituya una lesión de estos bienes. Así definidos los bienes jurídicos, un Estado de derecho que pretenda ser más que un mero nombre y aspire a articular de hecho la convivencia social debe priorizar la anticipación de confianza por sobre el adelantamiento punitivo. Esto se debe a que sólo “el carácter posteriormente retributivo de la pena hace posible otorgar libertad anticipadamente al autor, y ya una libertad que él puede legítimamente pretender como persona moral, pero que también entraña la posibilidad de su mal uso” (Kindhäuser 2010: 42-43). Desde este punto de vista, el riesgo a correr por el mal uso que los demás pudieran hacer de la confianza depositada en ellos como personas morales es siempre menor que la puesta en marcha de un estado de sospecha generalizado en el que se exija a los individuos dar pruebas permanentes de su no peligrosidad.

En la sociedad de riesgo generalizado, un Estado de derecho democrático debe estar en condiciones de asumir este desafío y sólo reforzar punitivamente las normas cuya violación ponga de manifiesto una inhumanidad

indignante. En este sentido, Kindhäuser advierte que las puestas en peligro abstractas de los bienes jurídicos, si bien constituyen “menoscabos de las condiciones de seguridad que aparecen como necesarias para una disposición despreocupada sobre bienes jurídicos, así, entre otros, el cuerpo, la vida, y cosas de valor” (Kindhäuser 2010: 45), no lesionan estos bienes mismos ni admiten la menor comparación con actos semejantes. En términos de Kindhäuser: “Entre la culpabilidad de un homicida y –escogiendo un ejemplo actualmente relevante– la culpabilidad del participante en una demostración que porta –por la razón que sea– una máscara, hay mundos de distancia. Estos hechos son incomparables *sub specie* inhumanidad” (Kindhäuser 2010: 45). Homologar ambas acciones desvirtúa tanto la seriedad del derecho penal como el sentido mismo de la pena en cuanto “irrogación de un mal –que dado el caso puede incluso destruir la personalidad– como expresión de desaprobación ético-social por un comportamiento defectuoso” (Kindhäuser 2014: 18).

Para que ello no ocurra es que, precisamente, el derecho penal está provisto de severas barreras normativas con las cuales evitar –o al menos reducir– su uso arbitrario y su expansión desmedida en pos de la seguridad. De este modo, Kindhäuser recuerda que, “en primer lugar, la punibilidad debe estar legalmente determinada *ex ante* y no tiene derecho a permanecer abierta a futuro mediante la posibilidad de analogía. El Derecho penal, en segundo lugar, no autoriza intervenciones para la evitación de peligros amenazantes. Por el contrario, él es retrospectivo y presupone la comisión de un injusto. La suya es una reacción *post et propter hoc*. En tercer lugar, el Derecho penal está ligado al principio de proporcionalidad y su implementación formal encuentra cohesión en el (no en última instancia educativo) proceso penal propio de un Estado de derecho mediante una profusión de reglas probatorias y de prohibiciones de empleo de pruebas, así como mediante el principio *in dubio pro reo*” (Kindhäuser 2014: 18). Caídas estas barreras, el derecho penal pierde toda legitimidad.

IV. Legitimidad comunicativa del derecho y del derecho penal

Ahora bien, Kindhäuser considera que tanto el origen como la legitimación del derecho sólo pueden proceder de la autonomía del individuo. Pero esto no equivale a afirmar que el derecho encuentre su punto de partida en el individuo, pues éste siempre es el resultado de complejos procesos de socialización. Tampoco la racionalidad que, por lo general, se le atribuye

radica en su mera individualidad, sino más bien en las condiciones formales que posibilitan la participación de los individuos en procesos comunicativos para la coordinación social de acciones. En este sentido, la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas parece ofrecer una base teórica más adecuada para la legitimación del derecho penal en una sociedad democrática.

Desde una teoría de la acción comunicativa, los contenidos normativos no surgen de razonamientos monológicos que pudieran realizar individuos aislados, sino que surgen más bien de los procesos discursivos para la formación de una voluntad colectiva común que tiene por objetivo lograr un consenso aceptable para todos los afectados sobre la base de fundamentos racionales. Por eso es que la racionalidad comunicativa no es en sí misma una fuente de normas de acción, a la manera de la razón práctica tradicional, sino que sus contenidos se desprenden de las presuposiciones que inevitablemente deben asumir quienes pretenden entenderse con otros respecto de un tema determinado.³ De ahí que las decisiones sociales deban ser tomadas mediante procedimientos que en principio garanticen la posibilidad de alcanzar un consenso exento de coacción entre todos los participantes en el discurso.

La relación entre principio discursivo y norma jurídica se establece en el nivel de los procedimientos deliberativos existentes para la producción de leyes en una sociedad democrática: los reclamos sociales y la puja de intereses ingresan en el debate parlamentario para luego adquirir forma de norma jurídica con la sanción de leyes. Esta estructura política se desarrolla sobre la base de una esfera pública pluralista e informada, cuyos sujetos asumen la posición de participantes y no de meros observadores de la realidad. Para Habermas, la soberanía popular tiene como fundamento una esfera pública politizada y una activa sociedad civil. Si ambas cosas no están dadas, tampoco es posible una sociedad democrática ni es legítima la legislación existente, pues parte de la legitimación consiste en que la opinión pública de los ciudadanos ingrese en el juego político de poder a través de los procedimientos legislativos y, así, en los procesos de conformación de una voluntad común.

Desde la perspectiva de la racionalidad comunicativa, los derechos subjetivos emergen como el resultado histórico de una negociación política. Habermas comparte con Höffe que tales derechos no son una cualidad pre-social del individuo; pero entiende que su fundamento no puede ser representado, en rigor, como la consecuencia de un contrato originario; más bien reside en el procedimiento democrático de una opinión pública dirigida al mutuo entendimiento. Para Habermas, los derechos políticos a la participación en los procesos de formación de la voluntad legislativa adquieren un rol fundamental. En el principio de soberanía popular, según el

cual todo poder proviene del pueblo, ya está involucrado el derecho subjetivo a la participación igualitaria en la formación de la voluntad democrática. Y ello posibilita “una praxis jurídico-objetiva institucionalizada de autodeterminación ciudadana” (Habermas 1992: 209). La figura de la autolegislación se destaca como aquella que permite entender el carácter co-originario de la autonomía privada y la autonomía pública en tanto los destinatarios de derechos son a la vez sus autores.

También sobre la base de una racionalidad comunicativa, sólo un Estado de derecho democrático cuenta con un procedimiento adecuado para la solución imparcial de conflictos de interés. Esta imparcialidad es la base sobre la que descansa la validez de las normas vigentes, pues “válidas son precisamente las normas de acción a la que pueden asentir todos los posibles afectados en tanto participantes en discursos racionales” (Habermas 1992: 138). Los ciudadanos de un Estado democrático también asumen la responsabilidad por cómo y en qué medida ellos mismos han de quedar vinculados como destinatarios de las normas. Kindhäuser sostiene incluso que la culpabilidad jurídico-penal se funda en la autonomía del ciudadano: “Quien puede pretender tener la capacidad de tomar posición fundadamente acerca de normas también tiene que asumirse como capaz de seguir normas” (Kindhäuser 2011: 105). De ahí que, según su parecer, el derecho penal sólo sea legítimo en el marco de un Estado de derecho democrático.

V. ¿Efectos no deseados de la expansión penal?

Como se afirmó más arriba, la arremetida neopunitivista invoca, no sin fundamento, la necesidad de anticiparse al accionar de las organizaciones criminales para introducir numerosas leyes e institutos penales dirigidos a adelantar la punición –sin disminuir proporcionalmente las penas–, a limitar las garantías procesales y materiales, a profundizar el accionar de los servicios de inteligencia del Estado mediante su coordinación e incluso a poner al Ejército a realizar actividades de inteligencia interior. Con esto último, el neopunitivismo consigue liberarles las manos a los servicios secretos y establecer las condiciones para su utilización espuria por parte de quienes detentan el poder real. Esto es especialmente alarmante en el contexto de un Estado democrático cooptado por el narcotráfico.

En efecto, como ha quedado prácticamente demostrado en la abundante la literatura existente sobre la materia, la política multilateral destinada a declararles la guerra a las drogas impulsada desde hace décadas por los EEUU ha sido hasta el momento la manera más eficaz de aumentar la rentabilidad

de este negocio y expandir el dominio territorial de los narcotraficantes.⁴ Esto presupone, como contrapartida, la corrosión desde adentro del aparato de Estado democrático corrompiendo a los agentes públicos. Una de las consecuencias más perniciosas de la corrupción estructural del Estado consiste en que las organizaciones políticas terminan asumiendo la lógica de la mafia. Los vínculos de confianza ya no se fundan en la simpatía por un ideario compartido ni por abrazar una idéntica escala de valores referida a la realización del bien común. Lo determinante para la confianza política dentro de los actuales aparatos de poder radica en la posibilidad de ejercer presión sobre el agente mediante el ejercicio de la extorsión. En este contexto, el operar de los servicios de inteligencia ocupa un lugar central. Pero no para desactivar el accionar de poderosas bandas criminales –como pretende la retórica institucional neopunitivista– sino para acumular información sobre la vida pública o privada de funcionarios y magistrados que pueda ser utilizada de manera discrecional para torcer su voluntad.

Esta utilización de la inteligencia con fines espurios no se limita sólo a obtener información para, llegado el caso, practicar la extorsión sobre quienes no están dispuestos a colaborar; también se extiende al armado de causas falsas u operaciones de prensa cuya eficacia depende del contexto en el que se realizan. Pero en un escenario de corrupción estructural del Estado resulta imposible emprender una defensa eficaz frente a este tipo de acusaciones ante la opinión pública. No basta con que el implicado las desmienta. Tampoco, con que la causa sea desestimada en los tribunales. La ciudadanía ya está avisada: sabe muy bien que a los corruptos como a los mafiosos es muy difícil probarles algo en los estrados y que, naturalmente, niegan de manera sistemática estar detrás de los crímenes o acciones delictivas de los que se los acusa. Por tanto, la imagen pública del involucrado queda, en el mejor de los casos, irremediablemente resentida. Asimismo, este dispositivo logra duplicar su eficacia, pues también resulta útil para desestimar ante la opinión pública denuncias realizadas contra funcionarios efectivamente corrompidos e involucrados en tramas de lavado y tráfico de drogas. En términos políticos, esto significa que se propicia un contexto social y comunicacional en el que ni el inocente puede defenderse ni el culpable ser desenmascarado.

Una vez que el Estado ha sido cooptado por estas bandas criminales puede desactivarse fácilmente todo intento destinado a erradicarlas. Incluso, las elecciones democráticas y regulares, lejos de resolver este estado de cosas o ponerles un límite, se vuelven funcionales. En manos de las organizaciones criminales, resultan dispositivos eficaces para la selección periódica de personal en el Estado. Los funcionarios entrantes gozan de legitimidad

democrática para el ejercicio discrecional de la violencia en el territorio. Por tanto, mientras que el aparato legitimatorio que forjó la modernidad para pensar la representación política democrática sigue operando en la conciencia de la ciudadanía, los representantes del pueblo no responden con sus decisiones a la voluntad mayoritaria de sus representados. Pero no por ello sus decisiones pierden fuerza vinculante en el orden doméstico ni a nivel internacional. Y esto, precisamente, es lo que necesita el narcotráfico transnacional para operar.

En lo que respecta al terrorismo, las sociedades democráticas que se predisponen a combatirlo a través de un arsenal normativo destinado a su prevención se ven obligadas a dejar a un lado hasta cierto punto el principio de presunción de inocencia. En efecto, debido al carácter difuso de esta amenaza de dimensiones globales, en los hechos termina por invertirse la carga de la prueba. Así, se podría afirmar que en este contexto todos son sospechosos a menos que demuestren lo contrario. Sin embargo, no todos lo son en la misma medida. En sociedades plurirreligiosas, multiculturales y de inmigración reciente, esto redundaría en persecuciones xenófobas, pues la sospecha recae menos sobre quienes se guían por los valores, usos y costumbres socialmente establecidos en la sociedad de destino que en quienes, aun sin quebrantar ninguna normativa vigente, conservan los patrones culturales y comportamiento propios de su comunidad de origen. Lo paradójico del caso radica en que los ciudadanos mismos son quienes promueven un recorte adicional de sus propias libertades y garantías con la esperanza de enfrentar eficazmente la fuente de peligro que los acecha, cuyos individuos de ninguna manera están vinculados con el ordenamiento normativo vigente. Y si no lo están, tampoco los alcanza esta legislación por muy preventiva que se pretenda.

Por lo tanto, el aumento en la severidad de las penas, la restricción o pérdida de garantías tanto como el adelantamiento punitivo, son juicios acerca de sí mismos que realizan los ciudadanos de un Estado democrático mirándose al espejo y no con la mirada puesta en el enemigo que los amenaza. Para decirlo sin rodeos: en el preciso momento en que los ciudadanos de un Estado democrático consideran que ya no están en condiciones de anticipar confianza y prefieren, en cambio, adelantar punición, deja de tener sentido la lucha en pos de la subsistencia de un Estado de libertades que con esa decisión ha dejado virtualmente de existir.

Notas

¹ El 12 de junio, Omar Mateen abrió fuego contra la multitud en la discoteca Pulse de Orlando munido de un fusil semiautomático SIG Sauer MCX y de una pistola Glock 17, ambos de su legítima propiedad, con un saldo de 50 muertos y 53 heridos. Un mes después, el 14 de julio, Mohamed Lahouaiej Bouhlel embistió con un camión alquilado a la multitud congregada en el paseo marítimo de Niza por la celebración del Día de La Bastilla, dejando 84 muertos y 200 heridos. Menos de dos semanas después, el 26 de julio, dos jóvenes armados con cuchillos, Adel Kermiche de 19 años y un cómplice, irrumpieron en la iglesia Saint-Etienne-du-Rouvray, en la periferia de Ruán (Normandía) mientras se celebraba misa. Retuvieron como rehenes a las cinco personas presentes durante una hora y luego degollaron en el altar al sacerdote, Jacques Hamel, de 84 años. Finalmente, salieron de la iglesia y fueron abatidos por la Brigada de Investigación e Intervención (BRI) de la Policía.

² Como ejemplos de bienes jurídicos colectivos pueden mencionarse el orden socioeconómico, el medioambiente o, de manera más general, aquellas condiciones marco que posibilitan el ejercicio de las libertades individuales. En este sentido, Kindhäuser sostiene que “hay bienes que no existen como tales en una sustancia, sino que son generados institucionalmente de forma permanente” (Kindhäuser 2008: 59).

³ Quien realiza, por ejemplo, una afirmación con pretensión de verdad acerca de algo en el mundo, debe presuponer que comparte con el otro un mundo objetivo común y que ese mundo es el mismo para todos; que las palabras que utiliza pueden ser entendidas y que tienen el mismo significado para ambos; que también comparten la misma racionalidad, etc.

⁴ Sólo por mencionar algunos trabajos, entre muchos otros, ver: Boyer 2001, Tokatlian/Briscoe 2010, Loveman 2010, Kessler 2011, Morales Oyarvide 2011, Maihold 2015. En todos ellos se verifica un extendido consenso respecto de algo que afirma Tokatlian en uno de sus trabajos: “La esperanza de una mejor ‘guerra contra las drogas’ es ilusoria. En realidad, cuatro décadas de esta cruenta confrontación irregular han generado más capos del narcotráfico, más señores de la guerra, más *gang lords*, más magnates del lavado (Naylor 1999) y más delincuentes transnacionales. A ello se agrega una inercia burocrática en la que más funcionarios, nacionales e internacionales quedan adictos a la ‘war on drugs’” (Tokatlian 2011: 111).

Referencias bibliográficas

- AMELUNG, K. (1972): *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athäneum, Frankfurt/M.
- BIELEFEDT, H. (2004): *Freiheit und Sicherheit im demokratischen Rechtsstaat*, Deutsches Institut für Menschenrechte German Institute for Human Rights, Essay No. 1, Berlin.

- BOYER, J.-F. (2001): *La guerra perdida contra las drogas: narcodependencia del mundo actual*, Grijalbo, México.
- CANCIO MELIÁ, M. (2006): “¿‘Derecho Penal’ del enemigo?”, en Jakobs, G. – Cancio Meliá, M., *Derecho Penal del enemigo*, 2ª Ed., Editorial Civitas, Madrid, 85-152.
- CHIRINO SÁNCHEZ, A. (2008): “La seguridad como un topos discursivo en la política criminal centroamericana. Perspectivas de una desesperanza”, en Reyna Alfaro, L. & Cuaresma Terán, S. (Dir.): *Derecho penal y Estado de derecho. Reflexiones sobre la tensión entre riesgo y seguridad*, B de F, Buenos Aires, 17-52.
- FRANKENBERG, G. (2005): “Kritik des Bekämpfungsrechts. Thesen zum Übergang von Gefahrenabwehr zur Kriminalitätsvorsorge”, en *Kritische Justiz*, Nomos, Heft 4, 370-386.
- HOBBS, Th. (1651): *Leviathan* (EW III), en *The English Works of Thomas Hobbes*, ed. Sir William Molesworth, 11 vols. London, 1839-1845.
- HÖFFE, O. (2001): “Gerechtigkeit als Tausch. Zur Begründung von Recht und Staat. Akademische Festansprache zur Eröffnung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern”, en *Ansprachen. Eröffnungsfeier der Rechtswissenschaftlichen Fakultät*, Luzern, 7-24.
- HÖFFE, O. (2002): *Politische Gerechtigkeit, Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*, 3. erweiterte Neuausgabe, Frankfurt/Main.
- HÖFFE, O. (2011): “Politische und soziale Gerechtigkeit als Tausch. Zur Begründung von Recht, Staat und Sozialstaatlichkeit”, en *Estudios Públicos*, 124 (Spring 2011).
- ISENSEE, J. (1938): *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin.
- JAKOBS, G. (2003): “Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?”, en Atsumi, Toyo u.a. (Hg.): *Aktualität und Entwicklung der Strafrechtswissenschaft (Festschrift für Seiji Saito)*, Tokio.
- JAKOBS, G. (2008): *Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Duncker & Humboldt, Berlin.
- KANT, I. (1798): *Die Metaphysik der Sitten*, vol. IV, *Werke in sechs Bänden*, ed. Wilhelm Weischedel, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1983.
- KESSLER, G. (2011): “Crimen organizado en América Latina y el Caribe. Ejes de debate sobre narcotráfico tráfico de armas y de personas”, en *Cuadernos*

de Seguridad del Instituto Nacional de Estudios Estratégicos de la Seguridad (INEES), Número 14, Septiembre de 2011, 55-73.

- KINDHÄUSER, U. (1998): “Rationaler Rechtsgüterschutz durch Verletzungs- und Gefährdungsverbote”, en Lüderssen, K. (Hrsg.): *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?* Vol. II: *Neue Phänomene der Gewalt*, Baden-Baden.
- KINDHÄUSER, U. (2008): *Teoría de las normas y sistemática del delito*, Ara Editores, Lima.
- KINDHÄUSER, U. (2010): “Personalidad, culpabilidad y retribución de la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal”, en *Derecho y Humanidades*, No 16 vol. 1, 2010, 31-48.
- KINDHÄUSER, U. (2011): “Culpabilidad y prevención en el Estado democrático de derecho”, en Kindhäuser, U. – Polaino-Orts, M. – Corcino Barrueta, F: *Imputación normativa*, Contexto, Resistencia, 89-105.
- KINDHÄUSER, U. (2014): “Derecho penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad de riesgo”, en *Cuadernos de Derecho Penal*, febrero de 2014.
- KISS, A. (2011): *El delito de peligro abstracto*, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- LOVEMAN, B. (2010): *Adictos al fracaso: políticas de seguridad de Estados Unidos en América Latina y la región andina*, LOM Ediciones, Santiago de Chile.
- MAIHOLD, G. (2015): “Internationales Drogenregime in der Bewährung. Herausforderungen durch die drogenpolitische Reformdebatte in Lateinamerika”, *Vereinte Nationen*, 2/2015, 72-78.
- MIZRAHI, E. (2012): *Los presupuestos filosóficos del derecho penal contemporáneo. Conversaciones con Günther Jakobs*, KAS/UNLaM, San Justo.
- MORALES OYARVIDE, C. (2011): “El fracaso de una estrategia: una crítica a la guerra contra el narcotráfico en México, sus justificaciones y efectos”, en *Nueva Sociedad* N° 231, enero-febrero de 2011, 4-13.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2011): *La expansión del Derecho Penal*, Euros Editores, Buenos Aires.
- TOKATLIAN, J.G. ; BRISCOE, I. (2010): “Drugs: Towards a Post-Prohibitionist Paradigm”, en *Journal for International Relations and Global Trends*, N° 3/2010, 102-110.
- TOKATLIAN, J.G. (2011): “La guerra perpetua: las drogas ilícitas y el mundo andino”, en *Pensamiento Iberoamericano* N° 8, 105-127.

PRIMERA ENTREVISTA

Entrevista al Prof. Dr. Urs Kindhäuser, director del Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Bonn, en el marco de la Conferencia “Pena, bien jurídico penal y protección de bienes jurídicos” llevada a cabo en la Universidad Nacional de La Matanza y dictada por el Prof. Kindhäuser. San Justo, 30 de septiembre de 2011.

* * *

MIZRAHI: ¿Considera que, en la actualidad, el derecho penal necesita una fundamentación filosófica, no necesariamente metafísica pero sí filosófica, o esto realmente no es necesario y basta con su apoyo constitucional?

KINDHÄUSER: La respuesta es clara. Existen profesiones y disciplinas que no necesitan ninguna legitimación, tal como la medicina o el derecho civil. En la medida en que se celebren contratos o se cure a otros seres humanos, no existe ninguna necesidad de una fundamentación especial. Sin embargo, ya en el derecho constitucional se requiere una justificación, en todo caso para justificar que ese orden es mejor que la anarquía. Y considero que al menos en Europa, mejor dicho en Occidente, siempre que se reflexiona sobre el derecho penal, ya desde los presocráticos, se lo piensa como un problema. Y por eso requiere de una fundamentación y ésta nunca puede ser positiva, es decir, a partir del derecho mismo. Porque esta posición supone ya una afirmación que cae por detrás del derecho. Tal fundamentación no puede sino ser filosófica ¿Cómo sería posible de otra manera?

MIZRAHI: Recurriendo a la religión, por ejemplo, esa sería otra posibilidad.

KINDHÄUSER: Originariamente eran la misma cosa, las raíces de ambas son las mismas.

MIZRAHI: ¿Cuál sería, según su posición, el presupuesto filosófico más importante para una fundamentación del derecho penal contemporáneo?

KINDHÄUSER: Es interesante. La primera cuestión fundamental que se plantea en relación con el derecho penal ya desde la época de los presocráticos es la distinción entre teorías absolutas y teorías relativas de la pena. Es verdaderamente interesante porque desde el comienzo mismo se plantea la cuestión de si se trata de una pena pública o de una pena civil. Y ello más allá de toda otra distinción —o bien antes de ella—. Es decir, fuera de todo eso, se plantea la cuestión de si la pena ha de tener una finalidad y hay que mirar hacia el futuro o bien si se debe mirar hacia atrás y su fundamentación debe ser retrospectiva. Es fascinante. Ya hace más de dos mil años que estamos confrontados con la pregunta: ¿miramos hacia delante o hacia atrás? Existe una bella frase que el filósofo Ludwig Wittgenstein pone como lema de su libro *Investigaciones filosóficas*, y que dice que “*el progreso parece siempre más grande de lo que en realidad es*”. Esta frase se aplica especialmente bien al derecho penal porque en el fondo permanecemos en el mismo lugar. Podríamos decir con Wittgenstein que en relación con el derecho penal la filosofía contemporánea no es otra cosa que filosofía presocrática. Ahora bien, considero que cuando se trata de filosofía contemporánea debemos diferenciar y determinar claramente en qué sector nos movemos. En lo que concierne a la separación de los dominios científicos del derecho penal es posible distinguir al menos cuatro ámbitos diferentes, que requieren un tratamiento también muy diverso. El primer ámbito es el ámbito puramente lingüístico o analítico. La utilización del lenguaje y de reglas empleadas; la determinación, por ejemplo, de qué son las normas, qué son las reglas prescriptivas o adscriptivas, cuáles son las reglas descriptivas, es decir, el ámbito completo de las consideraciones filosóficas del lenguaje. Creo que es un ámbito puramente analítico. Y aquí debemos partir de la base que nos ofrece la moderna filosofía del lenguaje, es decir, la teoría de los actos de habla, lo que Searle y también Wittgenstein han trabajado. Ellos han establecido las bases para entender bien este ámbito.

El segundo ámbito que debemos distinguir es el puramente empírico. Este ámbito es siempre una variable en el derecho. Mi ejemplo en este contexto es el de la homosexualidad. ¿Qué se puede decir respecto de la homosexualidad? Cuando yo estudiaba en la universidad, la homosexualidad estaba penada en Alemania, era vista como algo que podía ser evitado y que, por lo tanto, era punible. Ésta es una cuestión empírica: ¿se trata de algo que puede ser evitado o está genéticamente condicionado? Hoy somos de la opinión, al menos en Alemania y visto desde la perspectiva empírica, de que se trata

de una cuestión genética. O en todo caso, *también* genética. O por lo menos en un grado determinante desde el punto de vista psicológico. Aristóteles dijo que los bárbaros eran de tal y cual manera, es decir, seres humanos que tenían este y aquel color de piel, que se comportaban de una u otra forma. En suma: todas son afirmaciones empíricas. Considero que la empírea condiciona completamente la realidad jurídica. Diferenciamos entre bueno y malo. Y sin que cambiemos en nada nuestras valoraciones podemos decir que si cambian los fundamentos empíricos, entonces, juzgaremos de otra manera. En la Edad Media se quemaba a las brujas en la creencia de que era lo correcto. Pero desde el momento en que se advierte que no se trata de brujas sino de mujeres totalmente normales, se comienza a juzgar distinto. O dicho de otra manera: cuando cambian las relaciones empíricas, cambian también nuestras valoraciones aun cuando se conserven las mismas reglas. Por eso considero que la cuestión empírica es realmente de enorme importancia para el derecho. Por un lado, esto es válido en los dominios propiamente empíricos del derecho, como son la criminología y la sociología del derecho. Pero, por otro lado, también hay que atender al estado de conocimiento de la propia época, es decir, al de la medicina, la psicología, etc. Actualmente, en Alemania se presta mucha atención al ámbito de la investigación sobre el cerebro. Éste sería, entonces, el segundo ámbito.

MIZRAHI: ¿Usted se refiere a que se busca saber si para casos extremos de criminalidad habría en el cerebro algún tipo de descompensación química que conduce al criminal a actuar? ¿O al menos a no poder elegir abstenerse de cometer su acción? Si existe sobre esa base un déficit de libertad...

KINDHÄUSER: Claro, en su momento, por ejemplo, también se medían los cráneos, guiados por las ideas de Lombroso. El error es siempre una posibilidad. Pero no hay manera de eludir el estándar empírico de la ciencia en cada época.

El tercer ámbito es el de la dogmática jurídico-penal. Este ámbito se distingue notoriamente del puramente analítico de las ciencias jurídicas, donde sí existen criterios para determinar la verdad y la falsedad. También en el ámbito empírico es posible distinguir las proposiciones verdaderas de las falsas. Sin embargo, en la dogmática jurídico-penal no existe nada parecido. No podemos distinguir allí proposiciones verdaderas y falsas, sino proposiciones adecuadas o inadecuadas desde el punto de vista dogmático. Es decir, aquí tenemos metas que están dogmáticamente prefijadas y luego tenemos que ver cómo mediante un pensamiento sistemático pueden ser compatibilizadas unas con otras. Y aquí hay también métodos con los cuales uno puede tra-

bajar con criterios de prueba. Quiero decir que en la dogmática no existen las proposiciones verdaderas o falsas pero sí existen métodos de prueba. Uno tiene que exponer los argumentos en función de los cuales se procede de una manera determinada y la fuerza de persuasión depende del peso de los argumentos. Esto es: existen argumentos sistemáticos, argumentos lingüísticos, argumentos teleológicos, históricos, etc. No hay una respuesta unívoca que pueda prevalecer, sino que la dogmática está siempre en movimiento. Incluso, si me es permitido expresarlo así, la dogmática puede ser también exacta en la medida en que uno puede exponer sus argumentos con exactitud. Pero nunca hay que perder de vista que aquí no se trata de verdadero/falso, sino de adecuado/inadecuado.

Y en cuanto a la cuestión de la actualidad en este tercer ámbito, es decir, en el ámbito de la dogmática, considero que hubo épocas en las que hubo penalistas mejores que los de ahora. Por ejemplo, en el siglo XIX, juristas como Köstlin y Hälschner –discutimos si Hälschner fue el antecesor de Jakobs o mío (risas)– tuvieron mucha más conciencia histórica de la que se tiene hoy en día. Quiero decir: si uno hoy se retrotrae a 1950, por ejemplo, se considera que se está retrotrayendo demasiado, mientras que Hälschner siempre tuvo en mente todo el derecho romano. Y creo que la dimensión histórica de la dogmática es hoy en día muy débil. La dogmática actual está muy débilmente impregnada por esta dimensión histórica. En la actualidad tenemos más una interpretación económico-teleológica que una conciencia histórica. Y lo que considero aún más grave y lamento mucho es la falta de pensamiento sistemático. Los sistemas jurídicos que hoy tenemos, por ejemplo, el elaborado por Roxin, son edificaciones muy poco sistemáticas, son edificaciones tópicas pero que no constituyen buenos sistemas. En este sentido, no estoy muy contento con el estándar actual del pensamiento dogmático.

Y, finalmente, el cuarto ámbito es el que yo llamaría del derecho natural en el sentido más amplio, es decir, en el sentido en que Hart señala que existe un mínimo de derecho natural en el derecho. Esto significa que debemos contar con que hay un mínimo de realidad pre-jurídica, una comprensión acerca de lo correcto y de lo incorrecto previa al derecho positivo. Ello es por supuesto muy importante en el derecho penal porque en este ámbito ha de ser legitimada la pena. Y aquí mi opinión no es tan negativa como en el campo de la dogmática, por el contrario, es más bien positiva. Considero que es muy actual la discusión con todos los teóricos que se han ocupado de la fundamentación de la pena. Uno puede seguir esta discusión a lo largo de varios siglos, pero ante todo hoy existe una discusión muy intensa en torno

al idealismo alemán, es decir, en torno a las posiciones de Kant y Hegel, aplicadas, claro, de diversas maneras. Creo que este debate ha alcanzado un gran nivel con verdadera conciencia de los problemas. Y no sólo se ha quedado allí, sino que se lo ha continuado. Quiero decir: las corrientes que se han desprendido de la filosofía de la conciencia a través de la filosofía del lenguaje, como por ejemplo la de Habermas, tienen gran importancia para el derecho actual. Desde mi perspectiva, significa que preguntas tales como de qué forma arribamos a una sentencia justa o bien cómo podemos definir la pena en tanto que justa, deben ser encaradas teniendo en cuenta las posiciones de Kant y de Hegel, pero también atendiendo al punto de vista de la ética discursiva. Y el elemento discursivo es inseparable del elemento democrático. Mi posición es que la culpa desde el punto de vista del derecho penal tan sólo puede ser legitimada en una democracia. Fuera de una democracia, el derecho penal es poder, puro poder. Sólo en una democracia, donde el individuo puede co-determinar cómo son sus propias normas, en la que él mismo es autor de las normas, puede aceptarse la pena como algo correcto, es decir, en la medida en que también se puede co-decidir. La pena depende entonces de una aceptación discursiva, que desde luego sólo es siempre provisoria porque nunca podemos hacer algo perfecto con el discurso; y en las decisiones democráticas sólo hay una justicia provisoria. Aun así, vamos avanzando. Lentamente. Se trata de un proceso abierto, pero creo que es un proceso que en última instancia permite crear derecho a través de un efectivo reconocimiento recíproco entre los sujetos. Y sólo de esta manera puede quedar justificada la pena desde nuestra comprensión actual.

Me permito una pequeña aclaración. He separado estos cuatro ámbitos de manera artificial. Esto es claro. Por ejemplo, cuando el ámbito propio de uno es la dogmática y hace dogmática, creo que esta dogmática debe estar erigida sobre un suelo seguro desde el punto de vista analítico. Tiene que estar además sobre un suelo seguro también desde el punto de vista empírico –esto es lo menos que podemos hacer–, pero también debe contar con una fundamentación filosófica. Considero que no es posible una buena dogmática carente de fundamento filosófico.

MIZRAHI: ¿Qué rol juega la idea de autonomía, y de autonomía comunicativa específicamente, en relación con la fundamentación filosófica del derecho penal?

KINDHÄUSER: Creo que ya me he referido a algo de eso. Comienzo con un ejemplo. Cuando tenemos un Estado religioso, en el que el derecho se deduce de la revelación divina, esto sólo puede ser convincente para

aquellos que comparten la misma religión. Para quienes no comparten esta convicción y se ven sometidos a una pena, sólo pueden percibirla como un mero ejercicio de poder. Si partimos de la idea de que en un Estado debemos tener un derecho penal justo, entonces sólo podemos tenerlo allí donde potencialmente todos puedan aceptar ese derecho penal. Y tal ideal sólo puede ser realizado partiendo de la idea de que cada uno puede decidir sobre sí mismo, es decir, partiendo de la idea de “autonomía del individuo”. Esto significa, desde mi punto de vista, que todo el derecho –y también el derecho penal– se puede deducir sólo a partir de este concepto. Y que no existe ninguna otra fuente de derecho que no sea la autonomía del individuo en entendimiento discursivo con el otro.

También, por supuesto, es posible valorar esto. Uno puede decir: es correcto que sea así porque los individuos se reconocen recíprocamente como iguales. Diría que el concepto básico de todo el derecho es, entonces, la reciprocidad. Si no hay reciprocidad, no hay derecho. Si esto es así, es decir, si ningún discurso en la sociedad puede ser sostenido de manera definitiva, si cada ley supone un acuerdo democrático, y si nunca podemos decir que una ley es efectivamente justa, sino que sólo es provisoriamente justa, entonces, no podemos exigir que el individuo que vive en un Estado la perciba como si fuera en verdad correcta. Esto significa que no podemos penar a nadie con la fundamentación: “¡No has observado una ley correcta!”. Sólo podemos decir: “... una ley que es correcta de manera provisoria”. Y si tienes otra opinión, es aceptable y de hecho puedes tener otra opinión respecto de aquello que prescribe la ley. Pero como tú, al igual que todos los otros, vives en un Estado y tienes la posibilidad de expresar tu opinión respecto de esta ley, tienes que serle leal hasta tanto consigas la mayoría necesaria según el ordenamiento jurídico de que se trate para modificar, derogar, etcétera, una ley.

Lo que particularmente entiendo como fidelidad al derecho no tiene nada que ver con el contenido sino sólo con la lealtad hasta que se consiga la mayoría a la que hacía referencia anteriormente. Esto es: tengo la posibilidad de manifestarme en contra de esta ley y puedo decir que la figura del robo es por completo errada, que una ley tal no tendría que haber existido nunca, pero también debo aceptarla hasta que tenga la mayoría de mi lado. Luego puedo derogar la ley que penaliza el robo. Por tanto, no se me castiga porque he hecho algo malo, sino porque no he guardado la lealtad que se espera de mí como ciudadano de un Estado en el que puedo expresarme libremente. Por eso es que culpa y democracia dependen necesariamente una de la otra. Podríamos decir con Habermas que tenemos permitido quebrantar leyes sólo de un modo discursivo pero no de modo instrumental.

MIZRAHI: La última pregunta que tengo para formularle tiene que ver con el debate que mantiene con Günther Jakobs respecto del “derecho penal del enemigo”. ¿Cómo ve usted la posición de aquellos miembros de la sociedad que no forman parte de la sociedad? ¿Cuál es para usted el estatuto de aquellos a los que Jakobs denomina “enemigos”, es decir, los terroristas y también quienes claramente están en contra de la constitución normativa de la sociedad y hacen un uso instrumental de sus posibilidades comunicativas?

KINDHÄUSER: Esta cuestión es complicada. El primer problema que veo es terminológico. Tanto en Argentina como en España o en otros países como en Perú se puede utilizar la locución “enemigo” y no existen connotaciones particularmente negativas vinculadas con el término. Pero en Alemania es distinto. En el año 1934 se aprobó una Ley de Delincuentes Habituales. Una de las más nocivas leyes nacionalsocialistas, en donde aparece el término enemigo. Se combatía al enemigo. Se trata entonces de la terminología de los nazis. Y sólo por esa razón para la lengua de un alemán es difícil pronunciar esta palabra, independientemente de que en Argentina, España o Perú pueda hablarse de enemigo. En Alemania, cuando uno dice “enemigo”, en derecho penal se remite inmediatamente a la Ley de Delincuentes Habituales del año 34, aunque Jakobs no desee tener nada que ver con esto. El más nocivo nacionalsocialista fue Carl Schmitt, quien ha diferenciado al ciudadano del enemigo. En Alemania no existe prácticamente ningún autor de derecho penal que se permita esta terminología.

En segundo lugar, me gustaría distinguir aquí también dos ámbitos diferentes. El primero es el que se refiere a la cuestión iusfilosófica. Jakobs fundamenta su figura con un *dictum* de Hegel: sé persona. Es decir: la exigencia básica consiste en ser persona. Y esta exigencia debe ser satisfecha. Si uno mismo no logra satisfacerla, entonces uno puede ser despersonalizado. También la fundamenta con el apoyo histórico de autores que, como Feuerbach, veían la pena como algo que despersonalizaba al individuo, lo cual seguro que es correcto. Por lo menos en la medida en que aquel que va a prisión pierde la libertad de movimiento, y con ello un grado esencial de libertad. Pero esto es la compensación simbólica por la libertad que él le ha quitado a otro. Ahora bien, que se trate aquí de una reducción de la personalidad es, desde mi punto de vista, un malentendido. No se puede hablar de una reducción de la persona. Al menos desde Kant esto es impensable, a la persona se la limita externamente: se la envía a la cárcel, se le confisca su dinero, etc. Esto es algo muy distinto de que se produzca una reducción en la persona. Esto es decisivo. No se trata de una despersonalización que reduce a la persona, sino de limitar simbólicamente sus posibilidades en la medida en

que esa persona se ha inmiscuido en la libertad de otro. Considero que todo ser humano tiene el derecho de ser reconocido como persona sin ninguna disminución. De manera que a cada terrorista le podemos decir: “Tú te has equivocado cuando has hecho esto”. Fundamentalmente, todos deben ser tomados en serio. Si luego no se atienen a lo debido, entonces pueden ser externamente limitados pero no disminuidos en su persona. No tenemos permitido jamás sustraer la dignidad que hemos reconocido al ser humano. Esto en cuanto al primer ámbito.

En cuanto al segundo ámbito... es el ámbito de la dogmática. El concepto de enemigo proviene de la guerra. En la guerra –y creo que los alemanes sabemos algo de esto (risas)– uno intenta sorprender al enemigo, lo ataca por la noche, le cae encima y dispara. Jamás digo previamente: “Escucha con atención, enemigo, aquí tenemos unas leyes, con inciso uno, inciso dos, inciso tres, cuatro...”, porque para cuando termine con la enumeración él ya estará a buen resguardo. No. Llego y disparo. Éste es el enemigo. No existe un derecho penal del enemigo. Al enemigo se le dispara y no tenemos por qué avisarle que le vamos a disparar. Cuando tenemos derecho tenemos derecho. Y el derecho no es un medio para la guerra, sino “derecho”. Naturalmente, no quiero aquí minimizar que tenemos grandes problemas. Tenemos terroristas, tenemos una globalización que permite ya desde el punto de vista técnico dañar las economías, las comunicaciones, etc., en una medida nunca vista. Tenemos que hacer algo. Pero ese hacer algo está necesariamente unido a limitar las libertades. No hay otra manera. No podemos permitir todo en internet. De lo contrario, estarían disponibles las comunicaciones acerca de bombas y otras cosas por el estilo. Tenemos que limitar y encontrar otros caminos. La auténtica dificultad reside, entonces, en saber hasta dónde podemos llegar para, por un lado, disminuir preventivamente estos peligros, y por el otro, no limitar demasiado la libertad. Se trata de un problema enorme, muy serio. Es un problema de derecho constitucional, de derechos humanos, etc. Y aquí es donde viene mi tercera crítica. Si frente a esto comienzo a hablar de derecho penal del enemigo, entonces, destruyo este muy delgado equilibrio de la proporcionalidad entre los miembros. Así estaría permitido que haya miembros para los cuales no haya ninguna proporcionalidad. No podemos permitir que esto ocurra de ninguna manera.

Todo lo que acabo de afirmar sobre el derecho penal del enemigo es válido para la discusión alemana. Estuve en la primavera de este año en Sevilla, en la universidad donde el Dr. Miguel Polaino Orts es profesor. Allí tuve la oportunidad de dar una conferencia en la inauguración de un curso sobre el derecho penal del enemigo. Y, por supuesto, existen muchos problemas

actuales como el derecho penal preventivo, las medidas de seguridad –que en Alemania se denominan custodia de seguridad–, etc. que pueden ser abarcados con este concepto. Pero se trata de algo diferente de aquello sobre lo cual he hablado, tanto en lo que se refiere al punto de vista del derecho constitucional como en lo que hace a su fundamentación filosófica. Por eso, ya al comienzo he afirmado que puede existir en otros países una discusión sobre el derecho penal del enemigo que no tenga nada que ver con aquello a lo que yo me he referido. Mi polémica es más bien personal con Jakobs en el marco de la discusión alemana. Porque este concepto en otro contexto tiene otra connotación. Por ejemplo, la exageración en torno al aumento de los delitos de peligro abstracto y demás me parece criticable. Pero no quiero afianzarme necesariamente como contradictor en el marco de otra discusión. Mi polémica es exactamente con mi colega de Bonn.

MIZRAHI: Eso quedó muy claro cuando Jakobs dio su conferencia en junio de este año en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn.

KINDHÄUSER: Usted estuvo allí. Claro. En otro orden de cosas, me gustaría hacerle una aclaración respecto de la conferencia que voy a dictar en unos momentos más aquí en la UNLaM, porque en lo que se refiere a la fundamentación de la pena no aparecerá ni una vez la palabra “discursivo”. ¿Por qué? Porque abordaré un pequeño ámbito teleológico parcial. En cuanto a la posibilidad de aceptación del individuo, acaba de aparecer un libro en Buenos Aires y también en Montevideo de Juan Pablo Mañalich y mío que se llama *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. Allí abordamos ampliamente las ideas de democracia, de fundamentación, y los problemas de la investigación del cerebro.

BONOMO: Quería hacer una pregunta en relación con los presupuestos dogmáticos del derecho penal del enemigo. ¿No cree usted que quizás en Jakobs el tema del derecho penal del enemigo venga a colación de un cierto “llevar al extremo” el hecho de fundamentar el derecho penal no como un derecho que penaliza las acciones que ponen en riesgo bienes jurídicos sino el incumplimiento de roles, en tanto que podríamos definir al enemigo como aquella persona que justamente asume el rol de poner en riesgo la configuración social, ante la cual la sociedad tiene la necesidad de defender su configuración?

KINDHÄUSER: No puedo sino estar de acuerdo con eso que usted dice. El derecho, el derecho penal, las normas del derecho penal no se dirigen a roles sino a ciudadanos fieles al derecho, a ciudadanos individuales. Y uno

tampoco está en prisión como panadero o ingeniero o abogado sino como “yo”. Es decir, uno no está en prisión debido a ningún rol. La idea de rol es importante sólo en un determinado ámbito del derecho, el de la imprudencia del saber, es decir: ¿qué es lo que exijo del saber de alguien? De modo que pueda decirle: este saber es el que esperábamos de ti y si no tienes el saber caemos en un ámbito riesgoso. Y dado que existen ámbitos riesgosos tenemos que comportarnos de manera tal de manejar el saber necesario para dominar los riesgos. Esto está en cierta manera unido a determinados roles. Por lo demás, considero que, a diferencia de lo que piensan ambos colegas aquí presentes, el concepto de rol no tiene ninguna relevancia en el derecho. No existe ningún rol en el derecho, sino el ciudadano que es fiel al derecho. Tengo que ayudar a alguien que se está ahogando más allá de quién soy o de que tenga este o aquel rol. No tengo permitido matar a nadie con total independencia del rol que yo tenga. En el derecho no hay roles sino personas que deben ser consideradas como portadoras de derecho y obligaciones. En el Código Penal Alemán las leyes están formuladas de la siguiente manera: “Quien hiciera tal o cual cosa...” y las expectativas recíprocas que tenemos no son expectativas sociales sino expectativas jurídicas. Pero sobre esto podemos seguir discutiendo. Aunque soy muy optimista en cuanto a los resultados de esa discusión.

MIZRAHI: Muchísimas gracias por la generosa respuesta que ha brindado a cada una de nuestras preguntas. Le propongo hacer una pequeña visita por la Universidad antes del dictado de su conferencia.

PRIMERA CONFERENCIA
**PENA, BIEN JURÍDICO PENAL Y PROTECCIÓN
DE BIENES JURÍDICOS¹**

¹ Conferencia dictada el 30 de septiembre de 2011 en el Auditorio Grande de la UNLaM en presencia de los profesores invitados: Dr. Miguel Polaino Orts de la Universidad de Sevilla, Dr. Fernando Corcino Barrueta de la Universidad de Huánuco y Dr. Juan Carlos Gemignani de la Universidad Nacional del Litoral. Traducción del alemán por Orlando Humberto De La Vega Martinis.

I. Introducción

1. De conformidad con el principio de *ultima ratio*, la pena es una reacción estatal cuyo empleo solo es legítimo cuando otros medios fracasan. El objetivo, en virtud de cuya realización se evalúa la eficiencia de los correspondientes medios en disputa, es, según la opinión general, la protección de bienes jurídicos. Sin embargo, esta opinión reduce arbitrariamente la clase de tarea propia del derecho penal y dificulta, a raíz de esta reducción, una justificación racional de la pena. Mi tesis, la cual será fundamentada a grandes rasgos en las líneas que siguen, reza así: la pena solo puede servir –y de hecho solo sirve– indirectamente a la protección de bienes jurídicos. El objetivo inmediato de la protección jurídico penal es el bien jurídico penal, es decir, un nivel suficiente de motivación fiel al derecho. El bien jurídico penal facilita la protección de bienes jurídicos en la medida en que el punto de referencia de la motivación es el reconocimiento efectivo de normas que protegen bienes jurídicos como razón para la acción.

Si la pena se legitima (inmediatamente) a través de la garantía del bien jurídico penal, entonces ello presupone que no solo es legítimo el mal de la pena, sino que también lo es el reproche ético-jurídico constitutivo del concepto de pena. Solo es legítimo lo que es justo, de tal manera que el mal y el reproche de la pena deben ser mandatos de una *iustitia retributiva*. En otras palabras, la legitimación de la pena se basa en una concepción, racionalmente fundamentable, de la justicia política (criminal).

2. La tesis de la protección indirecta –es decir, mediada por la protección del bien jurídico penal– de bienes jurídicos a través de pena implica suponer que no hay ninguna armonía preestablecida ni mucho menos ninguna identidad entre la norma de sanción, la cual fija las condiciones de punibilidad, y la norma de conducta, la cual sirve a la protección de bienes jurídicos. En este sentido, incluso una acción que conserve un bien jurídico puede, dado el caso, ser punible, tal como lo muestra el siguiente ejemplo. Una esposa tiene planeado darle muerte a su esposo, el cual está enfermo del corazón, administrándole gotas para la tos en lugar de las gotas para el corazón que le han sido medicadas. Sin embargo, en su nerviosismo confunde los medi-

camentos y le da a su marido las gotas para el corazón que le salvan la vida. Que la esposa es penalmente responsable de tentativa de homicidio (o de tentativa de asesinato) está –de conformidad con el derecho positivo– fuera de toda duda. Pero también está fuera de toda duda que la punibilidad de la conducta no se puede fundamentar por referencia a su carácter dañino para un bien jurídico. Pues la esposa hizo justo aquello que era necesario para la conservación del bien jurídico y que, por esta razón, está mandado para la protección inmediata del mismo.

Si el ejemplo es satisfactorio, entonces la norma de sanción y la norma de conducta deben ser diferentes tanto en su finalidad como en su objetivo. Y la congruencia no puede tampoco establecerse mediante una subjetivización de la norma de conducta. Al respecto se podría decir que el objeto materia de la prohibición sería no el matar sino el querer matar. Pero entonces la prohibición no sería ya ningún derivado de la protección de bienes jurídicos. Pues incluso una acción que conservara un bien jurídico podría estar prohibida si ella, como en el ejemplo, tuviera una finalidad de lesión.

Por consiguiente, pena y protección de bienes jurídicos están relacionadas la una con la otra solo indirectamente. Mediante la protección de bienes jurídicos se justifican las normas de conducta, las cuales se dirigen a cualquiera o a un círculo específico de destinatarios. Ellas dicen qué formas de conducta están prohibidas y qué formas de conducta están mandadas en razón de ser malas o buenas *sub specie* protección de bienes jurídicos, respectivamente. A estas normas de conducta se remiten las normas de sanción jurídico-penal. Estas últimas establecen en qué medida el destinatario está unido a un “deber” en atención a su “poder”, para lo cual informan bajo qué condiciones es contrario a deber y no disculpable el no haber reconocido la norma de conducta como un motivo vinculante para la acción. Y ello ocurre, precisamente, cuando la conducta expresa una desviación considerable del nivel protegido de motivación suficientemente fiel al derecho.

Lo anterior se deja aclarar con el caso ejemplificado atrás. Si la prohibición de matar (o, respectivamente, el mandato de conservar la vida) fuera el motivo dominante de su acción, la esposa debería omitir el darle a su marido gotas para la tos en lugar de gotas para el corazón. Dado que ella prefiere como razón para la acción su motivo –jurídicamente inaceptable– a la norma, expresa así que para ella la prohibición de matar no es vinculante y, con ello, no reconoce –pese a la conformidad objetiva con la norma– la validez de la prohibición de matar. Aquí no hay ninguna contradicción valorativa entre la norma de conducta y la norma de sanción, pues ambas normas tienen un nivel de referencia diferente. Objeto de la norma de conducta es

la valoración de la conducta de la esposa *sub specie* protección de bienes jurídicos. Objeto de la norma de sanción es la valoración de la motivación *sub specie* bien jurídico penal.

Si, de conformidad con las reflexiones anteriores, es verdad que el nivel de referencia de la pena no es la protección (inmediata) de bienes jurídicos, sino el reconocimiento de normas de conducta protectoras de bienes jurídicos, entonces cabe preguntar en qué medida puede la pena ofrecer esa garantía de validez.

II. Desarrollo

1. Los problemas que cada teoría de la pena plantea son bien conocidos. Una teoría de la retribución acorde con el *ius talionis* y referida al daño al bien jurídico mediante el hecho punible ejecutado debería concluir, en el caso ejemplificado antes, en la no punibilidad de la esposa debido a la ausencia de daño. Por el contrario, las dificultades de las teorías de la prevención radican en la necesidad de hacer compatible el carácter represivo y reactivo de la pena con un concepto estratégico de la prevención del delito orientado al futuro. La forma recomendable de llevar a cabo esta empresa es atendiendo cada caso concreto, nunca de forma omnicomprendensiva pues frente a esta última forma de proceder es fácil construir ejemplos en contra. Así, supóngase que el plan de la esposa tuvo éxito. La prevención especial debería ser aquí prácticamente innecesaria. El caso solo tiene lugar una vez y la autora no está en camino de convertirse en una asesina serial. La prevención general intimidante debe reconocer, en cualquiera de sus variantes, la propia ineffectividad en el caso concreto y, por esta razón, no puede nombrar ninguna razón que explique por qué debería poder funcionar en el futuro frente a constelaciones de casos similares. Además, la prevención general negativa cae bajo la crítica kantiana según se le roba al autor, quien es utilizado como un medio para un fin, su dignidad humana y lo adscribe al derecho de cosas. Finalmente, la suposición según la cual la pena estabilizaría normas al crear o reforzar fidelidad al derecho es una suposición elíptica, pues ella deja abierto en qué forma la pena surte dicho efecto: mediante retribución, mediante prevención especial o mediante intimidación. La teoría de la prevención general positiva no es aún, en esa versión, ninguna teoría de la pena, pues ella fundamenta indirectamente la protección de bienes jurídicos sin nombrar el medio.

Si resulta exitosa la determinación y la legitimación del medio y, especialmente, si con ello se logra escapar a la crítica kantiana, entonces la prevención general positiva podría desarrollarse como una teoría penal válida.

La prevención general positiva tendría, además, la ventaja de poder integrar tranquilamente los elementos de otras teorías penales que resultaran admisibles. Así, por ejemplo, para ella no resultaría difícil la posibilidad de mostrar el efecto intimidante de la pena –eventualmente imposible de negar– como un efecto colateral útil, aun cuando no constituyente de su legitimación, sin tener por ello que desarrollar un concepto –global pero de cualquier modo incompleto– de la intimidación.

Desde una perspectiva superficial, no obstante, podría parecer ventajoso el formular la prevención general positiva solo de forma elíptica. Dado que de esta manera la prevención general positiva deja abierto de qué forma la pena sirve a la estabilización de la norma –mediante retribución, intimidación, satisfacción del sentimiento de venganza, etc.–, entonces no necesitaría tampoco dar cuenta del medio. Bastaría con remitirse a la estructura policausal de los mecanismos sociales y guardar silencio frente al resto. Pero esto no es correcto, y no lo es por al menos dos motivos de importancia. En primer lugar, tiene que haber un criterio para la medición de la pena. Y evidentemente la determinación de dicho rasero depende de la interpretación de la pena. En segundo lugar, la fidelidad al derecho solo puede generarse o reforzarse mediante pena cuando la pena es valorada como la reacción correcta. Pero dado que la corrección de la reacción no puede depender de lo que cualquiera tenga fortuitamente por correcto, sino que debe depender de aquello que de conformidad con el derecho sea tenido por correcto –y en este sentido la fidelidad al derecho debe ser incluso fomentada–, entonces la pregunta por la corrección debe contestarse obligatoriamente desde el punto de vista del derecho. Por esta razón la teoría de la pena es en un punto o, más exactamente, en el punto más decisivo, inmune frente a la ponderación empírica de sus consecuencias.

2. Si la pena debe consolidar y fomentar la fidelidad al derecho, entonces ella debe ser la reacción correcta desde el punto de vista del derecho. Pero incluso, ella debe ser más que eso, pues la pena presupone que la acción del autor fue deficitaria justo en el momento en el que la fidelidad al derecho se vería disminuida o desaparecería si no existiera la pena como reacción. En un ordenamiento jurídico cuyo criterio de corrección sea la justicia, un déficit tal solo puede ser visto como una carencia del sentido de justicia.

Lo anterior significa que la legitimación de la pena tiene los siguientes presupuestos. El hecho punible debe ser una conducta que permita reconocer una carencia significativa del sentido de justicia. Esta carencia del sentido de justicia debe manifestarse en la utilización, por parte del autor, de una ventaja que va en perjuicio de los co-sujetos y que es, por esta razón,

percibida como injusta. Si el uso de esta ventaja permaneciera sin castigo, entonces también debería ser posible para los co-sujetos igual utilización de dicha ventaja en perjuicio de un ordenamiento justo. Por esta razón, la ventaja reclamada por el autor debe compensarse (simbólicamente) a título de desaprobación –y esto significa: recalcando la carencia del sentido de justicia– mediante la irrogación de una desventaja. Con otras palabras: el autor debe, por esta razón, ser penado.

Con fundamento en estos presupuestos, los cuales deben ser explicados en detalle uno por uno, la pena se interpreta como una retribución con reproche ético-jurídico. Sin embargo, y al contrario de lo que ocurre en la teoría de la retribución, el mal denominado como “pena” no es concebido como una respuesta que refleje la contracara de un daño a un bien jurídico responsabilidad del autor. Porque con ese proceder se elige mal el nivel de referencia. El daño que debe ser retribuido tiene que ser, por el contrario, el lado objetivable de la culpabilidad. Y ese lado no es otro que la disminución del valor de reconocimiento de la norma de conducta, disminución que se pone de manifiesto con el hecho punible. Culpabilidad es la mengua de validez experimentada por la norma mediante su –injusto– no reconocimiento. De allí no solo se sigue que la pena tiene que ser adecuada a la culpabilidad, sino también, y justamente, que la pena solo es correcta si ella es adecuada a la culpabilidad.

Mi tesis presupone, entonces, que la culpabilidad es una realidad social que, por añadidura, tiene un tamaño medible. Esta aseveración suena más osada de lo que ella es. Así, también el legislador asume, mediante la creación de marcos punitivos, que la culpabilidad tiene límites hacia arriba y hacia abajo. Ahora, esto solo tiene sentido si la culpabilidad jurídico-penal posee un valor negativo en relación con un criterio específico. Este criterio, en el nivel de referencia elegido, es el valor que tiene la validez de una norma: el valor de su reconocimiento. Así, por ejemplo, dado que el valor de reconocimiento de la prohibición de matar figura muy por encima del valor de reconocimiento de la prohibición de hurtar, entonces la culpabilidad del homicida es *per se* mayor a la del ladrón.

Para conjurar el peligro de circularidad en esta argumentación se necesita una respuesta a la pregunta por el criterio que permita fijar, de forma vinculante, el valor de reconocimiento de la norma y, con ello, una respuesta a la pregunta por el criterio de justicia aplicable a las normas de conducta jurídico-penales.

3. La determinación del valor de una norma transcurre por tres niveles. En primer lugar, la norma debe estar orientada a fines racionales. En este

nivel, entonces, su función de medio se encuentra en un primer plano: la norma debe ser apta para la consecución del fin requerido. En un segundo nivel, lo importante es la utilidad pragmático-social de la norma en el sentido del utilitarismo. En términos utilitaristas, deben valorarse aquellos fines para cuya consecución la norma se ha mostrado como un medio adecuado. No obstante, dado que el utilitarismo deja abierta la cuestión de cómo han de distribuirse las utilidades perseguidas, es decir, si solo una minoría, una mayoría o todos sacarán provecho (o deben sacar provecho), es claro que, en principio, existe la posibilidad de que el seguimiento de una norma que solo esté legitimada por su utilidad colectiva no sea ventajosa para todos, y no solo en términos sincrónicos sino también diacrónicos –es decir, a largo plazo–. Prescribirle a un destinatario una conducta no ventajosa en el sentido de renunciar a su libertad en favor de otros y además gravarlo con un mal adicional –la pena– cuando contravenga la norma es un puro despliegue de poder mas no justicia. La norma solo puede ser justa –y este es el tercer nivel– si su utilidad es distributiva (tratándose de delitos especiales debe exigirse una utilidad distributiva para el círculo de destinatarios potenciales).

El principio de utilidad distributiva se ve satisfecho, antes que nada y sin restricciones, por normas que formulan una renuncia a la libertad en razón de la libertad misma. Normas que estén marcadas por el principio de coexistencia de libertad general no solo le brindan a cada quien la ventaja de poder organizarse libremente a sí mismo, siempre y cuando no se inmiscuya en las esferas de libertad de los demás miembros de la comunidad jurídica, sino que son también, al mismo tiempo, las condiciones elementales de la propia protección en las relaciones entre humanos –y en perspectiva diacrónica, esto vale para la vida en conjunto entre distintas generaciones–. Sin embargo, deducir la protección normativa de libertades básicas a partir del principio de utilidad distributiva solo arroja como ganancia el carácter ventajoso general de la norma, pero no un valor de reconocimiento específico. Pues qué rango le asigna el particular a sus correspondientes libertades básicas es parte de su libertad. Así, es asunto de cada quien preferir la propiedad a la dignidad o la vida a la libertad de religión. En todo caso, ello tampoco constituye ningún problema para la legitimación teórica dado que, si se me permite decirlo con una metáfora, la renuncia recíproca de libertad puede ser representada como un trueque generalizado. Entonces, la fijación concreta del valor de reconocimiento responde a la pregunta por la formación de la opinión política, la cual no tiene por qué derivar en violencia en la medida en que las ventajas individuales continúen existiendo en el paquete de libertades

básicas. Así, quien apartándose de la mayoría de sus co-sujetos valora más el honor que su vida, también gana en protección al honor mediante su renuncia al homicidio.

Al tomar como base esta posición los bienes jurídicos se dejan definir como aquellas propiedades de personas, cosas o instituciones que sirven al libre desarrollo de cada quien. Por su parte, la protección de bienes jurídicos se limita mediante la orientación a fines racionales, la utilidad pragmático-social y la utilidad distributiva. En particular aquellas normas que no estén impregnadas por el principio de justicia distributiva, sino que, por ejemplo, solo estén fundamentadas en función de su utilidad colectiva, no pueden asegurar su vigencia mediante pena. Puede que eventualmente sea legítimo sancionar también el quebrantamiento de esas normas mediante la irrogación de un mal. Pero no es legítimo asegurar su vigencia mediante pena si el reproche ético-jurídico constitutivo de la pena se va a apoyar en una carencia del sentido de justicia.

4. Examínese ahora otro punto de vista. Afirmar que el bien jurídico penal como tal es digno de protección, y ello independientemente de si el reconocimiento defectuoso de la norma conduce a que la finalidad protectora de la norma falle –es decir, si conduce a un daño en el bien jurídico–, es una afirmación que carece de fundamentación. De cualquier manera, una fundamentación tal es prácticamente superflua, pues la norma debe convertirse en realidad y esto solo ocurre si ella es un motivo efectivo para la acción en el marco de la interacción social. La mera conformidad con la norma otorga tan poca seguridad como poca pérdida de validez genera la mera no conformidad. De esta forma, en lo que tiene que ver con la última alternativa, niños y enfermos mentales, por ejemplo, no afectan la validez de la norma, pues ellos –hablando en términos de teoría contractual– no entran en consideración como partes de un contrato social. Aquel que no puede renunciar a su libertad no defrauda cuando destruye libertad.

Pero entonces, ¿en qué consiste esta defraudación que se muestra como una carencia del sentido de justicia y que debe reprocharse ético-jurídicamente? La defraudación consiste, formulada en términos plásticos, en actuar como un *free rider*. Es decir, el autor hace uso de las renunciaciones de libertad de los otros, sin renunciar él a su parte. De esta forma quiebra el principio de la coexistencia recíproca de libertad, pues este se funda en un mutuo dar y tomar, mientras que aquí el autor toma dos veces. Él se aprovecha, en los términos de la metáfora, de los aportes de los otros, los cuales le posibilitan la ventaja del viaje y, por añadidura, se ahorra su aporte. De esta manera, el autor gana doble a costa de los demás, y eso es injusto.

La pena racional tiene que compensar esa ventaja mediante la irrogación de una desventaja y, al mismo tiempo, tiene que reprochar la carencia de sentido de justicia expresada en el hecho punible. El reproche es ético-jurídico porque él tiene como objeto la lesión del mandato fundamental de reconocimiento recíproco de libertades básicas y dicho mandato es previo al derecho positivo. En este contexto, entonces, la pena racional también pone de manifiesto que la pretensión de doble ventaja no es rentable y refuerza, así, la confianza de los miembros de la comunidad jurídica en la validez de las normas. Si desatender las normas no paga, entonces no se sentirá explotado o estafado aquel que sí las reconozca efectivamente como sus razones para actuar. De esta forma, la pena cumple una función integradora en el sentido de la prevención general positiva, y la cumple además de forma legítima, pues mediante justa retribución no se degrada al autor a la condición de medio para un fin.

5. Al principio de esta conferencia se afirmó que el bien jurídico penal es aquel nivel suficiente de motivación fiel al derecho. Ahora, para finalizar, debe decirse que el reconocimiento de normas de conducta jurídico-penales no es algo que deba imponerse a toda costa. Es decir, no toda ausencia de reconocimiento de una norma expresa siempre un déficit de sentido de justicia. Así, puede suceder que el autor no quiera ganar doble con su quebrantamiento, sino simplemente evitar alguna pérdida de importancia. Aquí se ubica la constelación de casos constitutivos del estado de necesidad disculpante.

III. Conclusión

De conformidad con las reflexiones anteriores, el derecho penal es una institución necesaria, legítima y que debe conservarse, aunque esto último dentro de estrictos límites. El derecho penal es poder. Como todo poder, es un arma de doble filo y, por esta razón, es también un enemigo potencial de la libertad que debe garantizar. Ahora, demarcar sus límites es algo que solo tendrá éxito si el derecho penal es comprendido como parte de una estrategia de justicia política fundada éticamente. La penalización del quebrantamiento del deber de llevar libros de contabilidad (§ 283b StGB) o de portar una vestimenta del mismo color que demuestre una convicción política compartida (§§ 3, 28 VersammlG) pueden nombrarse como ejemplos de la desmesura de una política criminal filosóficamente irreflexiva.

Debate

CORCINO BARRUETA: En primer lugar quería agradecer la brillante conferencia que nos ha brindado el profesor Kindhäuser esta noche. Mi intervención busca sólo algunas precisiones respecto de los conceptos vertidos. El primer punto que quiero tocar es el referido a la protección de bienes jurídicos. Quisiera saber si el profesor Kindhäuser realmente cree que el derecho penal está orientado a la protección de bienes jurídicos o si, por el contrario, se inclina más a proteger la vigencia de la norma como afirma el profesor Jakobs. Porque así como un filósofo antiguo declaraba: “Muerte, no te temo, cuando tu llegas yo ya me he ido”, del mismo modo, uno podría decir: “Derecho penal, tú no proteges mi vida, en todo caso llegas cuando yo me la han quitado”. El segundo punto está referido al concepto de *free rider*. Y me interesa saber si esta figura se aproxima a la del enemigo en el derecho penal tal como lo piensa Jakobs y que tanto revuelo ha causado.

KINDHÄUSER: Existe una discusión sobre un problema que realmente no es un problema. Y esta discusión gira en torno a una pregunta: ¿protege el derecho penal normas o bienes jurídicos? Ambos. Hay normas. Las normas tienen una finalidad. Existe la prohibición de no conducir a más de 80 km/h (que no debe ser muy querida en Argentina), existe la prohibición de estacionar en determinados lugares, la obligación de conservar la comida que se vende en determinadas condiciones, etc. etc. Hay una gran cantidad de normas. Hasta donde yo sé, nadie sostiene la idea de que aquel que estaciona su auto en el lugar equivocado debe ir a prisión el resto de su vida. Por supuesto que no. Esta es una norma que protege un valor cuyo no reconocimiento no implica ir prisión. Por tanto, existen sólo ciertas y determinadas normas cuyo no reconocimiento justifica la pena. Y este conjunto especial de normas tiene que ser determinado, definido. Estas son normas que protegen los bienes jurídicos más importantes, es decir, normas que protegen las libertades fundamentales del individuo y las instituciones estatales encargadas de asegurar estas libertades. Esta es la base que desde los tiempos de Kant y Feuerbach consideramos como el fundamento del derecho penal, normas que protegen bienes jurídicos en el sentido actual del concepto. Sólo estas normas justifican la pena.

Estas normas, destinadas a proteger bienes jurídicos, tienen que efectivamente protegerlos. ¿Cómo lo hacen? Las normas protegen bienes jurídicos si son seguidas por los individuos, Por tanto, las normas exigen actuar tal como ellas lo prescriben. Y una norma vale si la enorme mayoría de la

sociedad la sigue. Una norma que nunca es seguida por los ciudadanos no tiene validez fáctica y tampoco puede proteger bienes jurídicos. Sólo puede proteger bienes jurídicos si es seguida en términos generales. Y ahora uno podría decir que las normas que protegen bienes jurídicos, a primera vista, son muy racionales, por ejemplo, la prohibición de matar, la prohibición de calumniar al prójimo, la prohibición de robar, la prohibición de violar, etc. Todas estas son normas muy razonables y uno podría preguntarse, entonces, por qué estas normas no serían seguidas. La respuesta es muy simple. Porque no seguir esas normas vale la pena, supone una doble ventaja. Veamos algún ejemplo. Mi colega aquí presente Polaino Orts es muy trabajador y fruto de su trabajo pudo comprarse este hermoso reloj pulsera. Yo no soy trabajador. No hago nada. Entonces, le robo el reloj. Nunca trabajé y tengo su reloj. Y, además, esto es muy interesante, los otros me consideran muy listo. Nunca trabajé, tengo un reloj. Siempre trabajó, no tiene nada. Yo soy el listo; él es el tonto. Y con todos los demás bienes que protege el derecho penal se podría decir lo mismo: me gusta una mujer, la violo; alguien me cae pesado, lo mato, etc. Me va maravillosamente. Y si nosotros hiciéramos esto tendríamos la situación del *free rider* pero nadie prestaría ya su colaboración. Es decir, si valiera la pena quebrantar las normas, las normas no serían seguidas por nadie. Puedo dar un ejemplo de Alemania. En las autopistas alemanas tenemos radares. Y hay determinados lugares donde sólo está permitido conducir a una velocidad máxima de 80 km/h. Por tanto, voy a 80 km/h. Pero todos los demás me pasan a 100 km/h, a 120 km/h a 140 km/h y no pasa nada. Llega un momento en que no aguanto más y acelero. Y justo ahí me capta el radar. Si aquel que es fiel al derecho no puede confiar en que los demás también lo son, entonces, se siente un tonto y deja de serlo. Cuando esto ocurre, la sociedad se destruye. Y para eso necesitamos la pena, para poner a buen resguardo que la enorme mayoría de la sociedad ha de seguir las normas. Y en ello consiste la vigencia de la norma.

Entonces, recapitulando, la vigencia de la norma es un aspecto que justifica la punición para aquellas normas sean seguidas; y el otro aspecto es que las normas que deben ser aseguradas con la pena son aquellas que protegen bienes jurídicos. Cualquiera de nosotros es potencialmente un *free rider*. Esto es una obviedad. Si uno obtiene ventajas del no seguimiento de una norma, sería irracional en sentido instrumental no aprovechar esas ventajas. Esto significa que determinadas reglas en mayor o en menor medida no han de ser seguidas. Por ejemplo, las normas de tránsito. No esperamos a que el semáforo esté en verde, porque es irracional desde el punto de vista instrumental hacerlo. Por ello, el *free rider* es algo que está en nosotros mismos y

nada que tenga que ver con un enemigo. El enemigo en tanto enemigo es alguien que no es como nosotros. Y creo que la constatación de que alguien no es como nosotros no debemos permitirnosla en el derecho. El derecho vive de la idea de la libertad de los hombres y de la igualdad de la dignidad humana y, en este sentido, partimos del principio normativo de que todos somos iguales y de que no hay ningún enemigo.

GEMIGNANI: Mi comentario apunta a la construcción de la infracción normativa. Creo que difícilmente la relación de un homicida con su víctima se deje explicar exclusivamente por la obtención de una ventaja. En tal sentido, le pregunto al profesor si no considera que esta conceptualización de la norma no reclama acaso un mayor nivel de abstracción en su construcción.

KINDHÄUSER: Esta es una pregunta cuya respuesta requiere de la distinción entre dos niveles. Por un lado, el nivel individual de cada uno, es decir, de cada ciudadano. Somos todos distintos: unos somos inteligentes, otros tontos; unos somos fuertes, otros débiles; unos somos varones, otras mujeres, etc. etc. Si las normas exigen algo de nosotros, entonces sólo podrán ser seguidas de acuerdo con nuestras capacidades individuales. Por ejemplo, no le puedo decir a un tonto que siga una norma que prescribe algo muy complicado en relación con los negocios ¿Cómo haría para seguirla? Esto significa que existe un límite en relación con las capacidades de los individuos. Existe una vieja máxima que reza: *ultra posse nemo obligatur*. Nadie puede ser obligado más allá de sus posibilidades a seguir una norma. Tenemos que partir de la base de que vivimos en sociedad con otros hombres que son tan débiles como nosotros mismos. Esta es la primera parte de la respuesta.

Por otro lado, nosotros no conocemos a todos los demás, no sabemos si son fuertes o débiles, etc. Entonces, desarrollamos expectativas abstractas. Y la expectativa abstracta central es aquella que sostiene que convivo con gente fiel al derecho. Esta es *la* expectativa general, en el sentido de que esperamos de los demás que sigan las normas. Cuando esta expectativa no es satisfecha, ello puede ser considerado de diversas maneras. Individualmente, uno puede preguntarse si esta persona que ha quebrantado la norma dispone de la capacidad suficiente para seguirla, es decir, si tiene el saber necesario, los conocimientos necesarios, etc. Es decir, todo aquello que en la construcción del delito en derecho penal denominamos el injusto. El injusto es en buena medida dependiente de las capacidades individuales. Si alguien no sabe de una norma, no puede seguirla. Por otro lado, esta expectativa general referida a que los demás tienen la capacidad de ser fieles al derecho es algo que no se funda en pruebas positivas. No podemos saber respecto de cada uno

si puede ser exculpado o no, sino que hacemos excepciones generales, por ejemplo, decimos que alguien no puede ser inculpado si tiene debilidades orgánicas muy específicas, o bien si se encuentra en un estado de necesidad extrema, o si no ha alcanzado determinada edad. Por tanto, formulamos estas excepciones respecto de la capacidad de ser fiel al derecho de manera general.

En este sentido, en lo que concierne a la construcción del delito para el caso de un delito común distinguimos dos niveles: el nivel individual, referido a las capacidades para ser fiel al derecho, y el nivel de la culpabilidad, en el que sólo encontramos excepciones generales. Por ejemplo, si el Prof. Gemignani cometiera un delito y yo fuera su abogado defensor, diría que él en estas circunstancias muy específicas no sabía lo que estaba haciendo, que no obró dolosamente, que no pudo evitar en esa situación particular la comisión del resultado, que aun cuando se hubieran tomado todos los recaudos ello no hubiera sido posible, etc. Pero jamás diría que según las últimas investigaciones científicas los seres humanos no somos libres en la toma de decisiones y que Gemignani, por tanto, tampoco. Este tipo de exculpación general no tiene ninguna validez. Sólo se admiten excepciones generales muy específicas como las mencionadas.

SEGUNDA ENTREVISTA

Entrevista al Prof. Dr. Urs Kindhäuser, director del Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Bonn, en el marco de la Conferencia “El Derecho Penal de la seguridad” llevada a cabo en la Universidad Nacional de La Matanza y dictada por el Prof. Kindhäuser. San Justo, 13 de septiembre de 2013.

* * *

MIZRAHI: Las sociedades actuales han cambiado y hoy se enfrentan a nuevos desafíos (la palabra clave es “sociedad de riesgo”), dado que también se ha transformado el significado social de los bienes jurídicos y convertido en algo necesariamente distinto de aquello que era protegido con las garantías del derecho penal liberal. En este sentido, la pregunta es: ¿qué garantizan hoy de hecho las viejas garantías del derecho penal moderno?

KINDHÄUSER: Antes de abordar el concepto clave “sociedad de riesgo” me parece importante ver otra cosa que envuelve al fenómeno por completo. El derecho penal clásico, con el que ha trabajado la ciencia jurídico-penal alemana, existe desde comienzos del siglo XIX. Uno piensa en Feuerbach y en otros como él que en esa época han estado muy influidos por Kant, y también en una segunda época de fuerte impronta filosófica: el tiempo de los hegelianos. Pero debemos tener en cuenta que antes de Feuerbach y de los hegelianos también había derecho penal. Feuerbach tenía además un adversario. Y este adversario era la imagen predominante anterior a él respecto de la tarea del Estado. Esta tarea era asegurar el bien común. Desde Feuerbach hasta finales de la época de los hegelianos hay sólo cincuenta años, pero antes de Feuerbach, durante doscientos años, la imagen del derecho penal y del derecho en general era asegurar el bien común. Y esta visión es aún muy profunda también en la época en que Feuerbach trabajó. Ciertamente que Feuerbach desarrolló el código penal bávaro en 1813, que era

por completo liberal en el sentido de Kant. Pero también desarrolló al mismo tiempo un código policial que estaba completamente en línea con la tradición de doscientos años atrás. Esto significa, por ejemplo, que la homosexualidad ya no estaba prohibida en el código penal, pero sí estaba prohibida en el código policial. Tenemos la imagen de que el derecho penal en la tradición antes de Feuerbach y los hegelianos sólo está vinculado con el desarrollo libre del individuo, con la individualidad. Y la entera representación de que el hombre debe vivir seguro y de que así se tiene que desarrollar libremente fue la comprensión tradicional del derecho penal antes de Feuerbach. Esta imagen estuvo siempre presente en la cabeza de la gente aun en la época de Feuerbach y los hegelianos. Eso se puede ver muy bien en la última edición del *Manual* de Feuerbach editada por Mittermaier. Mittermaier ha criticado severamente a Feuerbach en las notas al pie, ha escrito un libro entero en esas notas. Pero eso lo podemos encontrar y ver muy claramente ya en la tradición previa a Feuerbach. El segundo malentendido, cuando uno contempla la historia del derecho penal, tiene lugar en la época que sucede a los hegelianos, es decir, en la tarea del positivismo, más particularmente en la obra de Franz von Liszt. Antes teníamos una ciencia jurídico-penal que estaba muy influida por Kant y Hegel y luego, otra muy vinculada con el nuevo positivismo. Pero tanto antes como después subsistió la imagen tradicional del derecho penal. Y justamente en la época de Von Liszt la línea tradicional pone su mirada en la situación social, es decir que el bien común va hacia lo social, se mete en el medio del capitalismo, en un momento histórico en el que en Alemania se había fundado el partido de los trabajadores y también los sindicatos. Todos los movimientos sociales se desarrollan de manera paralela al positivismo. Y en esta época existía una comprensión social general acerca de que la solidaridad social era algo más importante que el libre desarrollo del individuo. Por eso uno tiene que diferenciar muy claramente cuando hoy se habla de una expansión del derecho penal o cuando se discute la cuestión de si además de la libertad también se tiene que reconocer la solidaridad. Desde un punto de vista histórico, esto era evidente. Hoy tenemos en la teoría del derecho penal siempre la imagen de Kant, Hegel y Franz von Liszt. Pero sus teorías no son las que en verdad reflejan la conciencia social general. Son teorías filosóficas, no teorías que dan cuenta de la situación social. Por eso creo que hoy en el caso del derecho penal no nos encontramos ante un verdadero cambio radical, sino que se trata más bien de un problema teórico. La representación acerca de lo que el derecho penal debe realizar, cuáles son sus tareas y metas, etc., no ha cambiado demasiado en la conciencia social general respecto de lo que era antes. Lo que ocurre es que hoy vemos que

con los criterios teóricos provenientes de filósofos como Kant, Hegel y Von Liszt ya no alcanza. El problema es teórico. Les reclamamos a los políticos que no tienen los criterios que deberían tener pero ellos no se ocupan de eso. Después de la Segunda Guerra Mundial se prestó mucha atención a la teoría, también por parte de la política. Los penalistas tuvieron una época de mucha influencia, sobre todo en la época de la reforma penal, con figuras como Welzel, Gallas y el joven Roxin, entre otros. Los tribunales también prestaban mucha atención a lo que se hacía en las universidades. Y desde entonces hemos perdido influencia. Hoy existen dos tendencias y creo que las dos están equivocadas. Una es la proveniente de Frankfurt con autores como Naucke, que sostiene que el derecho penal es tal como lo concebía Feuerbach. Pero ¿qué significa esto? Porque cuando uno observa el código penal de 1813 encuentra institutos como la pena de muerte, los trabajos forzados, los presidios, la pena de muerte calificada, que imponía exhibir al reo antes de colgarlo, etc. Esto no es un derecho penal que yo encuentre muy atractivo. En todo caso, dista mucho del derecho penal con el que uno pueda soñar. Por otro lado, tenemos la otra tendencia, que en la actualidad, por ejemplo, representa Jakobs, y que sostiene que el derecho penal en la forma de Feuerbach tampoco es útil, al menos no necesariamente. Con “forma” me refiero a la forma del Estado de derecho en toda su significación, tal como ha surgido a comienzos del siglo XIX y que considero que es lo mejor que hemos creado en términos jurídicos, al menos en Europa. No me refiero a cómo esto se plasmaba en la realidad, sino a la idea de Estado de derecho. Y considero que esta idea de Estado de derecho con, por ejemplo, la presunción de inocencia, la pena como un reproche ético-social, por lo cual este reproche debe estar fundamentado (y no la peligrosidad), esta idea, digo, debe ser conservada y aplicada a nuestra sociedad hoy. Pero además debemos vincular estos principios del Estado de derecho con los movimientos sociales, la solidaridad, etc. Y allí llegamos al punto de la sociedad de riesgo: debemos dar respuesta también al riesgo social. Pero no porque haya terrorismo uno debe concluir que ya no es necesario aplicar los principios rectores del Estado de derecho y afirmar entonces que lo que necesitamos es un derecho penal del enemigo. Y ahora pasamos a considerar otro aspecto de la pregunta, a saber, qué ocurre con los riesgos técnicos. Pienso que siempre es legítimo considerar también el bien común, sobre todo, porque hay en la población una necesidad de seguridad en muchos ámbitos. Eso no podemos ignorarlo, sino que tenemos que ver cómo con los medios del Estado de derecho podemos cubrir estas necesidades. Y también considero que es importante remarcar que cuando uno se plantea estos problemas

sociales no se trata sólo de que uno es simplemente libre en una sociedad, sino de que uno tiene la obligación de responder por esa libertad, es decir, de contribuir a asegurarla como ciudadano. Pero los ciudadanos actuales no se ocupan demasiado del bien común. Lo único que les interesa es su libertad individual. El puro liberalismo es como una fuerza centrífuga: expulsa a todos hacia afuera. Y necesitamos algo que nos vincule, y en Alemania hay un concepto que proviene de la escuela de Habermas y que considero muy atractivo, y es el de “patriotismo constitucional”. Esto implica reunir determinados valores que debemos observar de manera incondicional. Y a estos valores pertenecen para mí de manera irrenunciable las relaciones propias de un Estado de derecho como, por ejemplo, el principio de proporcionalidad de las penas y demás. Creo que el derecho penal no se ha modificado en verdad tanto como parece. No hay que confundir la teoría con la realidad.

MIZRAHI: ¿Qué capacidad de movilización real tiene el “patriotismo constitucional”? El viejo Estado nacional tenía la capacidad de movilizar a los hombres hacia una guerra, por ejemplo, para su defensa o incluso para vengar su honor. ¿Es posible hacer algo semejante sólo con el “patriotismo constitucional”? Es algo que suena muy atractivo en el plano teórico pero parece impotente en la práctica. Se trata sólo de principios universales abstractos. Nada concreto para el ciudadano.

KINDHÄUSER: No creo que sea así. Que en Alemania surgiera esta idea de “patriotismo constitucional” fue casi forzoso y concluyente, pues en Alemania ninguna forma de acción nacionalista está permitida.

MIZRAHI: Sí, claro, ahora es así. Pero ¿tampoco existe el nacionalismo en el fútbol?

KINDHÄUSER: (sonrisas) Claro, bueno, un poco. Pero ahí se ve la dificultad. Porque lo que faltan son posibilidades de identificación. La dificultad en Alemania consistía en encontrar algo con lo cual identificarse. Y, por supuesto, uno no puede identificarse con una Constitución. Claro que no. Y cuando uno sólo considera principios que son totalmente universales y abstractos, por ejemplo, la dignidad humana, entonces, no hay ninguna posibilidad de “patriotismo constitucional”. Eso no dice nada. Pero cuando uno considera nuestra Constitución en Alemania, que hablando con propiedad está formulada de manera muy abstracta, sin embargo, existen muchas cosas que son realmente especiales; por ejemplo, en nuestro caso la Constitución protege al funcionariado público de carrera. Y por cierto, la procedencia del funcionariado en Alemania..., es decir, algo que se ha desarrollado de manera muy especial en Alemania a partir de Prusia desde los siglos XVII

y XVIII... debe ser protegido. Esto es muy importante para los jueces, para los funcionarios de la administración pública, etc. También determinadas formas de vida compartidas. Los padres de nuestra ley fundamental tenían determinadas formas de convivencia, determinadas formas acerca de cómo se debe convivir. Obviamente, también para muchos autores, que yo considero muy razonables, la Constitución es también una pieza de cultura. Y a nuestra cultura pertenece muy esencialmente la lengua. Y a nuestra lengua pertenecen muy esencialmente Hölderlin, Goethe y Schiller... Y también pertenece a nuestra cultura la música... Y todo aquello que es nuestra herencia cultural; también nuestra Constitución, porque la Constitución vive en nuestra cultura. Y considero que cuando uno habla esta lengua, cuando uno tiene la posibilidad de vivir en esta lengua, también puede estar orgulloso. Yo no soy Goethe, claro (sonrisas). Pero me da mucha alegría vivir en una cultura en la que uno puede experimentar el valor de su poesía. Y a través de ella experimentar determinadas formas de vida.

MIZRAHI: Bueno, de acuerdo. Pero esto es algo bastante distinto al “patriotismo constitucional”. Lo llamaría más bien “patriotismo cultural” o algo así, es decir, sentirse parte de una tradición. Y uno puede con mucha mayor facilidad identificarse con una tradición cultural que con principios abstractos y normas generales.

KINDHÄUSER: Claro, naturalmente. Con principios abstractos como la dignidad humana, etc. no puede ni empezar... Por lo pronto, formulado así, no sé ni qué significa semejante cosa (sonrisas). Pero si uno lee un drama de Schiller o de Kleist, allí se vive la dignidad humana de otra forma.

MIZRAHI: En *Michael Kohlhaas*, por ejemplo.

KINDHÄUSER: ¡Pero claro! En *Kohlhaas*, naturalmente. Y por eso, en realidad, para presentar mejor la idea diría que entiendo por “patriotismo constitucional” no que alguien venga a Alemania de un país lejano y jure, digamos, por la Constitución solemnemente, sino que cuando alguien viene a vivir a Alemania aprenda la lengua. Y entonces, con la lengua, entienda qué tipo de forma de vida llevamos. Por ejemplo, si yo fuera a emigrar a Argentina, para vivir aquí leería a Borges.

MIZRAHI: Arlt también es necesario.

KINDHÄUSER: Supongo, aunque no sé bien quién es. Pero sí, la literatura es la que me dice en dónde estoy.

MIZRAHI: Voy a obsequiarle, entonces, las obras de Roberto Arlt antes de que se vuelva a Alemania, así sabe adónde se encuentra cuando viene a Argentina.

KINDHÄUSER: Bueno, muchas gracias. Pero creo que me falta un poco de español para eso. Aprendo unas tres palabras por año (sonrisas).

MIZRAHI: Mire que va a necesitar más de tres palabras para poder leer a Arlt.

KINDHÄUSER: Todavía soy un alumno aplicado. No tanto como mi mujer que, seguramente, podrá aprovechar el obsequio bastante mejor que yo (sonrisas). Entonces, decía, el “patriotismo constitucional” no es un patriotismo emocional, sanguíneo, sino una suerte de patriotismo ilustrado, en el sentido de querer vivir en un Estado con determinadas reglas y estar dispuesto a defender ese Estado con sus reglas. Yo, por ejemplo, no deseo una *Sharia* en Alemania. Pero bueno... Al respecto, me gustaría contar, si me permite, una pequeña historia que he leído hace cuarenta años o más y que personalmente me ha impresionado muchísimo. Cuenta Norman Malcolm en *Ludwig Wittgenstein. A Memoir*, aclaro que Malcolm fue un discípulo de Wittgenstein y muy amigo suyo, que cierta vez estaban dando un paseo por Cambridge y que pasaron por un kiosco de diarios. Allí se afirmaba en los titulares que Hitler había dicho a propósito del atentado de Munich en 1939 (donde él había protagonizado un fallido golpe de Estado en 1932, también conocido como el *Bürgerbräukeller-Putsch*), que los ingleses habían estado detrás de ese atentado. Bueno, cuando leyeron estas declaraciones, cuenta Norman Malcolm que él dijo: “¡Esto no es compatible con el carácter nacional inglés!” (sonrisas). Y durante dos años Wittgenstein dejó de dirigirla la palabra. Seguramente pensó: este tipo no ha entendido nada de mi filosofía. Después de dos años sin cruzar palabra, Norman Malcolm volvió de EEUU a visitar a Wittgenstein. Y éste lo recibió en su casa y le ofreció para comer huevo en polvo, es decir, huevo desecado. Norman Malcolm miró el platillo extrañado e intentó comerlo como pudo, con los dedos, ensuciándose la nariz... Y Wittgenstein le dijo: “¡Esto se adecua al carácter nacional norteamericano!” (sonrisas). Esta historia a mí personalmente me ha impresionado mucho. Porque se advierte cómo la lengua, esto es, el puro modo de expresarse, pone en cuestión una relación personal; cómo incluso cuando uno habla con otro entre amigos tiene que hablar un lenguaje exacto. Y por eso, claro, cuando se habla de carácter nacional, de racismo y demás, esto genera de inmediato también en mí una reacción muy personal, son cosas que aprendí a experimentar de chico en la escuela y también de joven con mis lecturas.

MIZRAHI: Respecto del uso del lenguaje, usted nos comentó en otra oportunidad que la expresión “*Feind*” en contexto alemán tiene una connotación muy distinta que los términos que usualmente se usan para traducir el vocablo a otras lenguas, por ejemplo, la palabra “enemigo” en español. Y esto dicho especialmente en relación con el concepto de Jakobs de “*Feinds-
trafrecht*” (derecho penal del enemigo). Pero Karl Popper tiene un libro bien gordo llamado *La sociedad abierta y sus enemigos (Die offene Gesellschaft und ihre Feinde)* y nadie se escandalizó, que yo sepa, por la utilización de ese vocablo. Y, por supuesto, a nadie se le ocurrió asociarlo con Carl Schmitt ni con ningún otro nazi (sonrisas).

KINDHÄUSER: Claro. Bueno, tenemos que separar dos cosas de una manera muy nítida. La expresión “*Feind*” es neutral y designa a un adversario. “*Feind*” es alguien que, incluso en el sentido en que lo ha usado Popper, ha destruido algo como en el caso de Hegel o Platón, es decir, hay una sustancia sobre la que un enemigo dispara. Y Popper utilizó bien este término respecto de lo que él buscaba expresar. Sin embargo, también mi colega Herzberg habla siempre de sus “*Feinde*” (enemigos), entre los que seguramente me encuentro, pero en el sentido de adversario con el que se compete. Por supuesto que “*Feind*” también significa enemigo, en otro sentido, como alguien al que se puede matar. Al margen de este sentido coloquial del término “*Feind*”, Carl Schmitt ha elaborado una teoría al respecto y en ella se distinguen dos tipos: *hostis* e *inimicus*. Carl Schmitt fue quien utilizó este término para desarrollar un concepto jurídico estatal, un concepto político. Y el problema para Jakobs es que Carl Schmitt fue quien legitimó el golpe de Hitler de 1933 en contra de su propia gente. Carl Schmitt es en Alemania una figura muy singular. Fue el único profesor universitario nacionalsocialista que luego de que Hitler cayera no retomó su cátedra en la República Federal. Todos los demás, un par de años más tarde, volvieron a sus cargos. Él fue el único que no. Se transformó en un símbolo. Y cuando Jakobs utilizó la expresión “*Feind*” por primera vez, en 1985, no había ninguna asociación con Carl Schmitt. Justamente, él decía que había que desarrollar el derecho penal para los ciudadanos y no tratar a la gente como si fueran enemigos (*Feinde*). Esta fue la afirmación que hizo por entonces. Pero en el 2000, cuando él utiliza esta expresión por segunda vez, comienza a decir que no necesariamente esto es ilegítimo. Y tampoco ahí estaba vinculado con Carl Schmitt. Obviamente, ¡Jakobs por supuesto que no es tonto! Eso no lo hubiera hecho nunca, es decir, utilizar “*Feind*” en el sentido de Schmitt como alguien a quien llegado el caso se lo puede destruir. Naturalmente, el que ha leído a Carl Schmitt y el que ha leído a Jakobs sabe bien que en Jakobs no se entiende “*Feind*” en

este sentido. Pero sólo éste lo advierte. Todos los demás no. Y en el instante en que es utilizada la expresión “*Feind*”, de inmediato lo asocian con eso. Por lo demás, tampoco está aclarado en una nota al pie que no se trata de “*Feind*” en el sentido de Schmitt.

MIZRAHI: ¡Cómo no! Jakobs lo aclara.

KINDHÄUSER: Sí, después sí. Pero al principio no. Y además tenemos que considerar otra cosa. En la terminología del nacionalsocialismo y en la terminología de los comunistas de la República Democrática Alemana (DDR) estaba el concepto de “*Feindstrafrecht*” (derecho penal del enemigo). Ya no recuerdo bien en qué gran jornada partidaria de la DDR en los años sesenta se afirmó: “Tenemos que exterminar a los enemigos con el derecho penal”. Para mí es completamente incomprensible que alguien quiera resucitar este concepto. No tiene ningún valor teórico. Sólo en la teoría de Carl Schmitt este concepto tiene sentido y nadie quiere tener nada que ver con Schmitt. Por otro lado, ofrece inevitables asociaciones y la ganancia teórica es igual a cero. A ver, para dar un ejemplo de la utilización del lenguaje en la vida cotidiana, incluso si yo en una discusión dijera: “Mi enemigo (*Feind*) en el contexto del derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*) es Jakobs” sería algo lógico. Nadie asociaría aquí el uso de la expresión “*Feind*” con Carl Schmitt.

MIZRAHI: ¿Puedo formularle otra pregunta? Ya casi es hora de su conferencia.

KINDHÄUSER: Sí, sí, por favor, ningún problema.

MIZRAHI: Esta pregunta se refiere al Estado y a la soberanía estatal en la actualidad. Y la pregunta es la siguiente: si el Estado como estructura burocrática hoy ya no está en condiciones de evitar la mayoría de los riesgos a los que está expuesta la sociedad, entonces, ¿en qué medida sigue teniendo sentido sancionar leyes penales que apuntan fundamentalmente a la prevención general?

KINDHÄUSER: No sé si entendí bien la pregunta. Porque naturalmente los riesgos principales a los que estamos expuestos: el tránsito, la energía atómica, la seguridad informática, toda la problemática ambiental, etc., tienen que pasar por la administración estatal, y yo creo que la administración estatal en principio funciona muy bien.

MIZRAHI: Esto resulta muy difícil de constatar en Argentina y en toda Latinoamérica, es decir, que la administración estatal funciona muy bien. Tal

vez en Alemania sí. Pero en todo caso, se trata de tres o cuatro países en el mundo: Alemania, Japón...

KINDHÄUSER: Corea, seguramente... Pero bueno, creo que con el derecho penal podemos captar los riesgos que están condicionados técnicamente sólo de una manera secundaria. Esto es muy claro. Porque estos riesgos surgen de una práctica social. Si uno quisiera eliminar por completo los riesgos de manera primaria, debería también eliminar por completo el ámbito en el que estos riesgos se generan. Si quiero eliminar los riesgos del tránsito por completo, tendría que eliminar también el tránsito. Es decir, siempre tenemos una práctica social de tipo técnico y las primeras regulaciones son regulaciones administrativas. El derecho penal viene luego, con la finalidad de reasegurar estas regulaciones primarias. Y por eso si estas reglas primarias no funcionan, entonces la cosa no puede andar. El derecho penal no tiene nada que hacer.

MIZRAHI: Pero si tomamos en consideración otros riesgos a los que estamos expuestos, como los atentados terroristas de organizaciones transnacionales o el crimen organizado internacional, etc., ¿también allí el derecho administrativo opera como actor primario?

KINDHÄUSER: Sí, claro. Pero también aquí sucede lo mismo. Lo que los terroristas hacen está de hecho prohibido. Matar a los hombres está obviamente prohibido. Por tanto, no necesitamos una nueva garantía. Si uno quiere reasegurarse, es decir, si uno desea adoptar medidas de seguridad contra el terrorismo, entonces, se debe recurrir también a leyes administrativas como, por ejemplo, no permitir que se muestre por internet cómo se construyen bombas. O bien prohibir la venta de determinadas sustancias utilizadas para la fabricación de bombas. Entonces, hay que buscar estas medidas de seguridad a través de la administración.

MIZRAHI: Y justamente en relación con esto, ¿tiene algún sentido la tipificación de delitos que sólo pueden ser perpetrados por victimarios que de ninguna manera están normativamente vinculados con el Estado ni con la sociedad? ¿Quién es el destinatario de tales leyes: los ciudadanos o los enemigos?

KINDHÄUSER: Sólo los ciudadanos, es decir, sólo aquellos cuyos comportamientos es posible prever. Y este no es el caso del terrorista. Esto es claro. Creo que el victimario mismo en el sentido tradicional de aquel que quiere perpetrar un delito... Para este ámbito no se necesita de medidas especiales de seguridad ni otras leyes. Ya está todo. El miedo surge en las condiciones marco para la preparación. Y entonces se tienen que tomar medidas adminis-

trativas para impedir la preparación de un delito, incluso involuntariamente. Puedo dar aquí un ejemplo muy sencillo: si quiero combatir el alcoholismo tengo que sancionar a los ciudadanos que venden alcohol. Los dos conceptos que aquí se enfrentan son: riesgo y seguridad.

MIZRAHI: Pero el verdadero problema en las sociedades actuales es la falta de confianza en el fidelidad al derecho del conciudadano.

KINDHÄUSER: Sí, por supuesto, por eso creo que el derecho está sobreexigido en nuestras sociedades. En verdad no necesitamos el Estado para nuestra vida en común, sino la moral. Si estoy esperando un bus en una parada donde hay una larga cola y cuando llega todos se tiran sobre la puerta y se empujan unos a los otros para subir, lo que necesitamos es decir: “¡No podemos hacer esto! ¡No deseamos vivir así!”. Pero para esto no necesitamos del Estado.

MIZRAHI: Al respecto me gustaría compartir una pequeña anécdota que viví hace unos años. Acompañé a mi hija adolescente y a mi sobrina a un recital de música en un lugar cerrado. Por todas partes había carteles que indicaban la prohibición de fumar. Además, como suele suceder en estos casos, había mucha gente en muy poco espacio. Justo al lado nuestro, una chica de unos veintitantos años enciende un cigarrillo. Entonces, le pido por favor que lo apague. Ella me mira con gesto desafiante y me pregunta si pertenezco a la organización del lugar. Le digo que no, pero que de todas maneras está lleno de carteles que indican la prohibición de fumar. Le recuerdo que ya tuvimos muchos muertos por incendios en lugares cerrados. No me mira y sigue fumando como si nada. Entonces, me enfurecí, le saqué el cigarrillo y lo apagué. Su reacción fue peor aún: empezó a insultarme sin parar, a amenazarme, etc. Fue una situación muy violenta. Me costó mucho dominarme. Sin embargo, no reaccioné. Luego, avanzó medio metro y encendió otro cigarrillo.

KINDHÄUSER: La pregunta decisiva es qué hacían los demás.

MIZRAHI: Los demás buscaban calmarme y que no intentara hacer nada al respecto. Me decían que yo tenía razón pero que ya estaba bien, que la chica en cuestión era una idiota, que todos estaban fastidiados porque fumaba pero bueno...

KINDHÄUSER: Es típico. Si uno sólo reacciona, la cosa no funciona. Así no va. La concepción general debe ser que uno no debe fumar. Y cuando alguien fuma... Bueno esto es como en la vieja teoría de Strawson, es decir, qué ocurre cuando alguien se indigna. Esto es el signo de que está tomando en serio al otro y le dice: “¡Estás rompiendo las reglas como conciudadano!”.

Pero no se puede hacer más que esto. Si no hay una indignación general, entonces falta la moral. Y entonces ocurre lo de siempre: cuando todos los demás sistemas normativos fracasan aparece automáticamente el derecho. Esta es la tendencia general en todos los Estados occidentales. Tal vez, no sé, es más fuerte aquí en Latinoamérica la necesidad de derecho frente a la falta de conciencia respecto del bien común. Pero también en Alemania es cada vez más fuerte. Se trata de un gran problema social hoy. El derecho no puede estar para todas las cosas. Y menos aún el derecho penal.

D'ASCENZO: Me gustaría hacerle una pregunta referida a la sanción moral y a la sanción penal. En su origen ambas responden a la necesidad de saber a qué obedecer en la esfera pública. Pero de Hobbes en adelante las sociedades modernas dejaron que la moral se retrotraiga hacia el individuo y que el derecho regulara la conducta externa. Lo que vemos ahora, ¿no es el resultado obvio de ese proceso? Si fuese así, si estos dos ámbitos estuvieran ya tan separados, ¿esto no plantea la insuficiencia de la comunicación para resolver este problema?

KINDHÄUSER: Sí, este es un problema del que me ocupo hace décadas. A primera vista uno diría que normas racionales deberían ser aceptadas por seres racionales. En el fondo, las normas racionales serían superfluas. El comportamiento externo sería ya racional. Y esto aparece ya en la criminología temprana: se decía que el delincuente está enfermo, no está en su juicio, es irracional. Y creo que justamente esto no es cierto. Precisamente lo contrario es el caso. El delincuente es racional (no en sentido kantiano sino en sentido instrumental). Está muy claro: si yo no pago impuestos, eso es bueno para mí. Un ejemplo: nosotros tenemos un Automóvil Club en Alemania, el ADAC, con millones de socios, y tiene un periódico que todos leen. Allí apareció una nota en la que se fundamenta que cuando hay un semáforo en rojo y una larga fila de autos, si cada uno guarda respecto del otro una cierta distancia, cuando el semáforo se pone verde muchísimos más autos pueden cruzar la calle. Verdaderamente, muchos más que ahora. Ni un sólo conductor en Alemania lo ha hecho. Es decir: hay una solución racional para tener menos embotellamientos que es muy sencilla. Pero nadie hizo caso. ¿Por qué? Si cada uno debió pensar: “Esto es totalmente racional. Hagamos esto: dejemos distancia y todos avanzamos simultáneamente”. Pero nadie lo hizo. ¿Por qué? Si tenemos una propuesta racional que beneficia a todos por igual con la que se evitan los embotellamientos que todos padecen y, sin embargo, ninguno la pone en práctica. Esto es incomprensible en principio. Pero uno debe entender que cuando se actúa de manera incomprensible no necesariamente se está enfermo. Entonces, ¿cuál es la causa?

Y lo que ocurre aquí y en otros ámbitos es que no necesariamente la mejor solución, es decir, la óptima, es la que termina imponiéndose. De esto habla el dilema del prisionero. Esta es una regla que regula en general el tránsito. ¿Por qué cuando estoy aquí en Argentina y hago la cola para subir a un bus todos se apresuran a entrar? ¿Por qué, si así uno se puede dañar, lleva más tiempo subir, etc.? Lo que se esconde detrás de este comportamiento es una tendencia general a no querer ser el tonto: “Yo no quiero ser el tonto”. Esto es: no quiero ser aquel que pierde en el dilema del prisionero. Y por eso la solución óptima no se impone. Esto es un problema social. Y si queremos aplicar racionalmente las normas jurídicas, debemos atender primero a que la razón no dirige nuestro comportamiento social. En todo caso, no la razón que dice: “Yo soy racional y todos los demás también lo son, entonces, adoptemos la mejor solución”. Eso no funciona. Por ello creo que toda la tradición que parte de Hobbes pasa por Wolf y llega hasta Kant, pero sobre todo Hobbes, ha visto con claridad que sólo se puede controlar y asegurar el comportamiento externo porque no tenemos por lo demás ninguna otra posibilidad de acceder a los hombres. Sólo se puede indicar el comportamiento externo para que la cosa funcione. No podemos decirles a los hombres que actúen por esta o aquella causa porque estas causas no tienen los efectos deseados. Creo que esto está por detrás. Para Hobbes es claro que no se trata del dilema del prisionero, esto se aplica más bien a la economía, pero intuitivamente ha planteado algo semejante.

D'ASCENZO: Pero ¿qué pasa entonces con la comunicación y la teoría de la acción comunicativa de Habermas?

KINDHÄUSER: En principio, lo único que nos puede poner de acuerdo son reglas fundamentadas discursivamente. Lo otro es un acto de violencia exterior. Esto sería Hobbes. Pero si estamos en nuestro sistema, entonces, tenemos que trabajar discursivamente para estipular el comportamiento externo. Pero aquí viene lo más complejo, porque con ello sólo tenemos las razones acerca de por qué hemos estipulado esto, pero no su carácter vinculante. Y los argumentos no juegan ningún papel a la hora de actuar. A mí no se me puede reprochar que no haya atendido a las razones para comportarme de cierta manera. Lo único que se me puede reprochar es que no me he comportado como hemos convenido. El carácter vinculante deriva del acuerdo al que hemos arribado. No de las razones. El mejor ejemplo para ello es la República Democrática Alemana. Por más que haya una educación socialista llena de razones, la cosa no funcionó. Y el socialismo es una idea maravillosa. ¿Por qué? Por el dilema del prisionero: no quiero ser

el tonto. ¿Debo entonces abstenerme yo de esto y los otros no? (sonrisas). Así la cosa no funciona.

MIZRAHI: Le agradecemos muchísimo por su tiempo y amabilidad para responder a todas nuestras preguntas.

KINDHÄUSER: No tiene por qué. Esta es mi profesión. No ser cortés, sino discutir teoría jurídica.

SEGUNDA CONFERENCIA
DERECHO PENAL DE LA SEGURIDAD.
LOS PELIGROS DEL DERECHO PENAL EN LA
SOCIEDAD DE RIESGO²

2 Conferencia dictada el 13 de septiembre de 2013 en el aula magna de la UNLaM.
Traducción del alemán por Orlando Humberto De La Vega Martinis.

I. Introducción

En una sociedad cambiante también se transforma el derecho penal. Este tipo de transformaciones no tienen nada de espectacular. Ellas son lentas y se llevan a cabo sin contornos precisos, como por sí mismas. De igual forma, quien hoy por hoy fija su atención en los cambios del derecho penal bien podría aún permanecer tranquilamente despreocupado: el núcleo en su totalidad ofrece una sólida apariencia, solo en las áreas marginales parece haber movimiento. Ahora bien, quien de esta forma se sosiega simplifica las cosas en demasía. El llamado del destacado penalista Hellmuth Mayer, elevado hace décadas, a restringir de una vez por todas las penalizaciones permanentes, desmedidas y, por eso mismo, desdeñosas del valor humano, en favor de una política criminal sensata, científicamente respaldada y éticamente reflexiva, ha ido apagándose sin consecuencias. El derecho penal se expande sin trabas. Él es comprendido –tal como lo sostiene un defensor de la tendencia expansionista– simple y llanamente como el medio para una reducción óptima de molestias. Al respecto, no debería perderse de vista que el derecho penal solo encontrará legitimación por referencia a su área nuclear. En efecto, todo aquel que emprenda la tarea de justificar el derecho penal lo justificará pensando en asesinato, violación y robo. A nadie se le ocurriría erigir una institución como el derecho penal, ni tampoco justificar la mera necesidad de su existencia, para asegurar, por ejemplo, que los comerciantes observen el deber de llevar libros contables (§ 283b StGB). Ahora bien, si a nadie se le ocurriría fundamentar la existencia del derecho penal a causa de la particular dañosidad social del quebrantamiento del deber de llevar libros contables, entonces una forma de comportamiento tal tampoco es merecedora de pena. De allí que la disposición que ordena llevar libros contables constituya un delito “rémora”, es decir, un delito que, a diferencia de los delitos del área nuclear jurídico-penal, viaja sin poseer el boleto del merecimiento de pena. Se trata de un pasajero ciego al que se le permite acompañar en el viaje a los viajeros legítimos porque (aparentemente) no los estorba, pero que realmente está autorizado a viajar con ellos solo en

la medida en que releva al legislador de la tarea de asegurar la observancia del deber de llevar libros contables de otra manera quizás más complicada.

Este pasajero ciego no es el único que hay en derecho penal, y tampoco se trata de dos o tres más. Los viajeros sin boleto son un número amplio y constantemente se están subiendo nuevos. El derecho penal legitimado por referencia al asesinato, la violación y el robo ha cambiado su apariencia. Y esto significa que los que antes eran viajeros sin boleto ya no son más viajeros sin boleto y, antes bien, han pagado el importe de su viaje. Es simplemente que en este precio ya no se trata más de una profunda e inhumana intromisión en las esferas de libertad personal de los co-ciudadanos, del quebrantamiento de las reglas fundamentales de coexistencia bajo formas jurídicas, como sí es el caso de un asesinato, una violación o un robo, sino de una molestia en la seguridad en todos los ámbitos de la vida social y estatal. Quien observe la vehemente discusión respecto de la punibilidad del aborto podría ser de otra opinión. Podría pensar que en derecho penal se intenta contestar con gran esfuerzo y paciencia a la pregunta por el injusto y la culpabilidad punibles. Pero esta discusión no constituye el paradigma de comprensión del derecho penal de hoy ni de la actual política criminal. Ella es una excepción, y justamente también porque en dicha discusión se llevan a cabo cruzadas simbólicas en terreno jurídico penal.

II. Seguridad mediante la prohibición de puestas en peligro

Es perfectamente posible que haya muchas razones que expliquen por qué esta o aquella forma de comportamiento haya sido penalizada en el pasado o en la actualidad lo sea. Pero para un análisis del derecho penal como sismógrafo que mide el estado de una sociedad interesa, por sobre todo, un tipo de delito, el cual en las últimas leyes modificatorias del código penal viene ejerciendo un reinado casi que absoluto: los así denominados delitos de peligro abstracto. Estos delitos no son creados para castigar la causación de daños concretos, sino para procurar seguridad. O, dicho de otro modo: el injusto de estos delitos no consiste en ningún daño concreto sino en la maximización de inseguridad. Este injusto de maximización de inseguridad puede tener lugar de distintas maneras, por ejemplo mediante una acción con propósitos malévolos o mediante el menoscabo objetivo de las condiciones de seguridad en cualquier ámbito posible de vida. Ahora bien, la garantía de seguridad también puede referirse a la protección lateral brindada por actos administrativos o meras disposiciones contravencionales. Con otras palabras:

los delitos de peligro abstracto aplacan en todos los ámbitos neurálgicos del Estado y la sociedad la –como pomposamente se denomina– necesidad de acciones en la política de seguridad: drogas, subvenciones, economía, impuestos y cargas sociales, protección del medioambiente, control de la economía exterior y de las armas de guerra, alimentos, terrorismo, paz social y “clima interior de pacificación”, empleo automático de datos, etc. Donde quiera que uno vaya, allí se oye, a veces a voz en cuello, a veces en susurro, el anuncio del derecho penal: “Tranquilos, ya llegué”. Y cada vez que algo sale mal se buscan lagunas en el derecho penal, las cuales –independientemente de que realmente se trate de lagunas– son inmediatamente cerradas de manera particularmente intensa.

Por supuesto, el crítico no tiene derecho a desaprobar precipitada y globalmente este desarrollo, pues el esfuerzo por lograr seguridad no es en sí mismo ilegítimo. Se trata, sencillamente, de lo cuestionable que resulta el actual ascenso de la seguridad, la materia genuina del derecho de policía y de contravenciones, a la categoría de idea rectora del derecho penal, la posibilidad de que no encuentre allí merecida atención y adecuada realización, o de que su imposición con ayuda del derecho penal resquebraje el marco de política criminal razonable en un Estado liberal de derecho. El contexto en el que debe leerse la actual actividad legislativa en materia penal es el contexto de una política de seguridad como expresión de una sociedad que puede denominarse sociedad del riesgo. El derecho penal de la seguridad es entendido, entonces, como una de las condiciones de estabilidad de la sociedad de riesgo.

III. El ser humano como factor de inseguridad

Un riesgo es un peligro endógeno y, al mismo tiempo, controlable. Un peligro se deja controlar, en primer lugar, mediante el expediente de asegurarse contra él. El aseguramiento, además, hace llevadero el peligro, tanto a nivel individual como social. Un peligro también puede ser controlado, en segundo lugar, cuando las condiciones para la posible entrada de un daño son cognoscibles y calculables. En particular los sistemas técnicos se transforman de fuente intolerable de peligro a sector tolerable de riesgo cuando se cierra la posibilidad de daño bajo el presupuesto de que las condiciones de seguridad son observadas. De allí surge nítidamente dónde radica el problema principal: el factor primario de riesgo es el ser humano mismo. El ser humano es el elemento de inseguridad en la sociedad de riesgo a causa de sus debilidades físicas y psíquicas, y de todas aquellas cualidades que

impiden que engrane en el sistema social y sus subsistemas como un piñón bien aceitado y sin defectos de desgaste.

El no del todo mecanizado ser humano solo puede ser gobernado y socialmente controlado mediante normas. Y entre más grandes sean los (posibles) daños con capacidad de desencadenar reacciones erróneas u otras actitudes desviadas en el interior de un sistema de riesgos, de mayor peso tendrán que ser las normas que pretendan integrar al ser humano, como factor de inseguridad, en la disciplina de la seguridad. Que por este camino se llega rápidamente al derecho penal, la institución de control social más formalizada e intensiva, difícilmente puede sorprender. Y que de esa forma el derecho penal se convierte en el instrumento universal de reglamentación y en el garante de la seguridad se revela simplemente como la conclusión lógica. Pero que el derecho penal realmente tenga el poder para ejecutar esa tarea solo raras veces entra en consideración política. Es como si no hubiera alternativa alguna. Y si el derecho penal –que por lo menos formalmente se deja describir como la más severa represalia– fracasa, ¿quién podrá, entonces, garantizar seguridad frente a conductas desviadas?

IV. Los límites del derecho penal legítimo

Pretender la imposición de una política de seguridad tal con argumentos que señalen los puntos débiles que de facto presenta el control social jurídico penal es, en mi opinión, una tarea inútil. Pues de dicho conflicto fáctico solo con dificultad puede extraerse una postura concluyente. Por el contrario, lo decisivo es la existencia de barreras normativas que irrefutablemente se oponen a la arbitraria tendencia expansionista del derecho penal de la seguridad. El derecho penal no existe para posibilitar el ejercicio desmedido de violencia según el gusto de cada quien. Antes bien, su empleo se encuentra bajo una necesidad enorme de legitimación. En efecto, la pena consiste en la irrogación de un mal –que dado el caso puede incluso destruir la personalidad– como expresión de desaprobación ético-social por un comportamiento defectuoso. Y dado que la pena, tanto por su forma como por su naturaleza, interviene masivamente en las esferas de libertad del autor como persona, su imposición está atada a un amplio número de presupuestos jurídico-estatales que dificultan que el derecho penal se muestre como un medio efectivo de batalla.

Así, en primer lugar, la punibilidad debe estar legalmente determinada *ex ante* y no tiene derecho a permanecer abierta a futuro mediante la posibilidad de analogía. El derecho penal, en segundo lugar, no autoriza inter-

venciones para la evitación de peligros amenazantes. Por el contrario, él es retrospectivo y presupone la comisión de un injusto. La suya es una reacción *post-et-propter-hoc*. En tercer lugar, el derecho penal está ligado al principio de proporcionalidad y su implementación formal encuentra cohesión en el (no en última instancia educativo) proceso penal propio de un Estado de derecho mediante una profusión de reglas probatorias y de prohibiciones de empleo de pruebas, así como mediante el principio de “*in dubio pro reo*”.

La irrogación de un mal –que merma libertad– mediante pena exige, igualmente, también de la política criminal cierto tipo de restricciones, de las cuales por lo menos dos merecen atención especial. En primer lugar, las normas de comportamiento respaldadas mediante pena tienen que servir a la protección de bienes jurídicos. Para que la política criminal pueda, desde esta perspectiva, orientarse a fines, la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos debe, primero, materializarse en un daño empíricamente comprobable y, segundo, el comportamiento relevante debe causar ese daño –también– de manera empíricamente comprobable. Solo entonces se puede prohibir un comportamiento para evitar un daño. Solo entonces puede el derecho penal funcionar, ciertamente, valiéndose de instrumentos. La segunda columna de la política criminal debe tener apropiadamente en cuenta la exigencia de que la pena presuponga culpabilidad. Culpabilidad es responsabilidad por el comportamiento defectuoso concreto y presupone, así, la imputabilidad subjetiva de todos los constituyentes del injusto. Y solo una culpabilidad realmente grave puede justificar la pena criminal.

V. Zonas de tensión del derecho penal de la seguridad

Este derecho penal del Estado de derecho liberal junto a sus fundamentos político criminales recién delineados no puede ser tomado libre de fricciones y sin constantes pérdidas sustanciales al servicio de una política universal de seguridad. A continuación se mencionarán algunas de las muchas áreas de tensión.

a) Recorte de las exigencias probatorias

Primera zona: un derecho penal de la seguridad tratará, antes que nada, de suavizar las escrupulosas exigencias probatorias del derecho penal del Estado liberal de derecho. El estrecho apego a la ley, el tenor literal como límite interpretativo y la prohibición de analogía son, todos ellos, obstáculos para un precipitado derecho penal de la seguridad. Quizás por esa razón

las últimas leyes en materia penal sean ricas en palabras, incluso locuaces, pero no precisas ni exactas, sino llenas de conceptos indefinidos y cláusulas generales. Adicionalmente, la prueba de que el autor conocía todos los elementos del injusto de su comportamiento (dolo) o que habría podido y debido conocerlos (imprudencia) es, en muchas ocasiones, de difícil consecución. Para eludir esas dificultades la legislación se vale de dos trucos. El primero consiste en extraer de la conexión entre imputación y culpabilidad elementos del injusto del hecho para tratarlos como condiciones objetivas de punibilidad. El segundo consiste en la creación de delitos en los cuales, simple y llanamente, faltan elementos esenciales del injusto que debe ser evitado. Esto último tiene lugar con frecuencia mediante un fraude de etiquetas. Así, por ejemplo, ni la “estafa” crediticia (§ 265b StGB) ni la “estafa” de inversión de capitales presuponen que se induzca en error a la víctima, ni tampoco que ella efectúe un traslado patrimonial que le resulte perjudicial, como sí es el caso tratándose de una estafa “verdadera” (§ 263 StGB). Y ambos trucos pueden también combinarse: por ejemplo, en caso de incapacidad de pago el autor será penado por bancarrota (§ 283 StGB), incluso si la iliquidez no es la consecuencia causal de su turbio comportamiento e incluso si él tampoco la previó o pudo siquiera preverla como la consecuencia concreta de su comportamiento. El reproche de culpabilidad que le queda a semejante remanente de delito radica en una gestión de negocios contraria a los postulados mercantiles, ni más ni menos.

A la lógica de un derecho penal de la seguridad que quiera corresponderle a la necesidad de seguridad de la sociedad pertenece, además, la penalización sectorial de formas de comportamiento cuya relevancia dañina no está demostrada. De conformidad con lo anterior, una conducta deberá ser probadamente segura para que esté permitida y no, por ejemplo, probadamente dañina para que esté prohibida. Esta inversión de la carga de la prueba en sede de injusto objetivo, la cual, desde luego, no debe confundirse con una inversión –en perjuicio del autor– de la carga de la prueba contraria al principio de culpabilidad, se obtiene mediante la unión del derecho penal al derecho administrativo. De esta forma, se penalizarán los comportamientos que carezcan de permiso administrativo, es decir, los comportamientos que no superen el control administrativo de seguridad.

b) Renuncia a la protección de bienes jurídicos individuales

Segunda zona: un derecho penal de la seguridad al que no le importa el castigo de daños concretos sino la evitación de molestias sociales también renunciará a la protección de bienes jurídicos individuales. Así, por un lado

se protegen estados que (aún) no existen en lo absoluto y que, en estricto sentido, no constituyen bien jurídico alguno, como por ejemplo la limpieza del agua (§ 324 StGB), y ello con total independencia del posible impacto que la contaminación pueda tener en la salud humana o en el abastecimiento de agua. Y, por otro lado, se enuncian bienes cuya lesión mediante la conducta concreta del autor no es empíricamente demostrable en el caso particular. Un típico ejemplo consiste en elevar el valor de la capacidad funcional de ámbitos estatales y sociales al nivel de bienes dignos de protección independiente, como ocurre al calificar las operaciones de pago sin dinero en efectivo como el bien jurídico protegido del abuso de tarjeta de crédito, aun cuando aquí el único daño comprobable es el sobrepaso del límite de crédito frente a la respectiva institución financiera. En estos casos, la dañosidad concreta mínima de la conducta permanece oculta en la nebulosa invención del bien jurídico. Quizás por ello la creación de bienes jurídicos universales como los recientemente mencionados se beneficie de la existencia de coyunturas complejas y duraderas.

c) Renuncia a los fines tradicionales de la pena

Tercera zona: tampoco debe perderse de vista que los fines tradicionales de la pena –retribución, prevención especial e intimidación– han pasado a un segundo plano en la discusión actual. La así denominada prevención general positiva, abanderada de la estabilización normativa mediante la práctica de fidelidad al derecho, es la doctrina en curso, y no solo por la –ciertamente alta– plausibilidad de dicha teoría, sino también y justamente porque ella encaja con el derecho penal de la seguridad de la misma forma que el punto sobre la i. Particularmente la prevención de delitos mediante medidas educativas sobre el autor, por el contrario, está –como se dice informalmente– *out*. ¿Por qué? En caso de asesinato, violación o robo, el autor es la causa del conflicto. Que el autor, a su turno, no esté a merced de otros factores –sociedad, comportamiento de la víctima, predisposición– no tiene la menor importancia en tanto él es, de todos modos, la fuente que posibilita el desencadenamiento del conflicto y, dado el caso, su superación. En el derecho penal de la seguridad, en cambio, las condiciones marco del conflicto ya están presentes en muchos espacios: el vaso ya está lleno, simplemente falta que lo desborde una última y decisiva gota –un comportamiento humano defectuoso–. Desastres medioambientales o choques múltiples en la autopista son conflictos sociales que no se dejan explicar con una sola causa o por referencia al autor, y que tampoco pueden superarse mediante

la adscripción de culpabilidad por el hecho individual. Además, en estos casos desaparece la frontera entre autor y víctima.

La acción educativa preventivo-especial sobre el autor con miras a la evitación de delitos también es en buena medida irrelevante, siempre que, como frecuentemente es el caso en el derecho penal de la seguridad, el autor sea determinado exclusivamente por su rol social. En estos casos la imprudencia relevante se concreta según el rol. Para una resocialización que trascienda el rol no hay espacio.

d) Borrosa culpabilidad por el hecho individual

Cuarta zona: en un derecho penal de la seguridad resulta hartamente difícil establecer una relación recíproca entre culpabilidad y daño. En primer lugar, porque –por ejemplo en áreas técnicas– respuestas mínimamente defectuosas pueden ser ya de graves consecuencias. En segundo lugar porque, además, en los típicos delitos de seguridad falta el nexo de proximidad con la víctima y, con ello, la energía criminal que demanda la intromisión en las esferas de libertad de los seres humanos que nos rodean. También los sentimientos de culpa pueden ser fácilmente reprimidos, sobre todo porque las consecuencias del hecho –si es que realmente las hubiere, como por ejemplo en el derecho penal tributario o medioambiental– no afectan de manera palpable al particular y, por lo tanto, tampoco a uno mismo. La responsabilidad por la acumulación y la sumatoria de daños propia del derecho penal de la seguridad no es fácilmente armonizable con la responsabilidad por el hecho individual. Aquí permanece un no despreciable resto de “culpabilidad del sistema”.

e) Legislación simbólica

Quinta zona: el derecho penal de la seguridad induce a una política criminal simbólica. El ser humano como factor de inseguridad solo con reservas puede ser gobernado mediante normas jurídico-penales. Por ello, quien mediante la creación de leyes de seguridad jurídico-penales pretenda, al mismo tiempo, el establecimiento de seguridad real, solo desplazará el problema de la solución fáctica del conflicto al contrafáctico nivel normativo de la negación del conflicto, haciéndole honor al eslogan según el cual “no puede ser, si no tiene derecho a ser”.

Pero la legislación simbólica tiene un muy amplio espectro y puede perfectamente resultar útil en sentido político. Pues el peligro no viene prefijado en la conciencia, sino que recién se constituye mediante suposiciones, pronósticos o escenarios de probabilidad teórica y de allí que pueda agrandarse,

achicarse o disolverse, dependiendo de cómo se supone que se controlará o, lo que es lo mismo, calculará. Justo en este sentido es que, por ejemplo, un –de facto raquíutico– derecho penal medioambiental, el cual prácticamente solo abarca los casos sin importancia de daños medioambientales sin permiso administrativo, puede políticamente presentarse como un confiable y efectivo aporte a la protección del medioambiente. Algo similar ocurre con el derecho penal informático, cuyo empleo, en lo esencial, se reduce al (ya punible de otro modo) abuso de cajero automático y a la alteración de máquinas tragamonedas.

Y precisamente la mirada al derecho penal medioambiental todavía resulta aleccionadora desde otro punto de vista. El derecho penal, como medio de control social, es innecesario donde quiera que otros sistemas normativos sean reconocidos como vinculantes, por ejemplo la religión o la moral. Debido a la lenta erosión de la vinculatoriedad general de otros sistemas normativos, el derecho penal se ha convertido en la tabla de salvación y se ha transformado de un sistema de coerción externa en un indicador del contenido de la moral social. Aquello que otros sistemas normativos ya no pueden realizar, por ejemplo desarrollar eficazmente una ética de la responsabilidad orientada a la protección del ambiente natural y de las condiciones de vida de las generaciones futuras, le es delegado al derecho, y aquí una vez más al derecho penal, como si fuera lo más natural. De repente, el derecho penal ya no es más el garante del mínimo indispensable ético-social, sino un manual de responsabilidad social y solidaridad.

f) Renuncia a la comprensión liberal del ser humano

Sexta zona, especialmente importante: el retrospectivo derecho penal del Estado liberal de derecho parte de una determinada comprensión del ser humano, de conformidad con la cual el co-ciudadano es alguien en quien se puede confiar y merece, además, ese anticipo de confianza. Un derecho penal con esa comprensión del ser humano se toma su tiempo, espera y solo entra en acción cuando, por así decirlo, el niño ya ha caído al agua. Esto puede resultar peligroso, incluso osado, pero también es autoconsciente. Ese es el clima social en el que el ciudadano mayor de edad verdaderamente existe, en el que también reina la confianza en los mecanismos sociales de autorregulación. El derecho penal de la seguridad brota, por el contrario, de un potencial de miedo social, es desconfiado y desea ponerles fin a las fechorías de su enemigo incluso antes de que sean cometidas.

VI. Conclusiones

Antes que nada, debe resaltarse que la búsqueda de seguridad es legítima. La seguridad es un derecho humano que justifica en importante medida la existencia del Estado y su monopolio de la violencia. Así mismo, resulta necesario destacar que sería equivocado minimizar, con mayor razón negar, los peligros de la sociedad de riesgo. El Estado debe garantizar seguridad en la medida en que ello sea posible y razonable. Esto está fuera de toda duda. Pero de allí no se sigue, ni mucho menos, que el circunspecto y poco flexible derecho penal del Estado liberal, con sus reglas probatorias y su principio de culpabilidad, con su alta pretensión ético-jurídica y su solo difícilmente honorable exigencia de legitimación, sea el medio adecuado para la superación de los –por doquier al acecho y permanentemente en aumento– problemas de seguridad de la sociedad de riesgo. En consecuencia, está fuera de toda duda que las normas que procuran seguridad, y entre ellas las que prohíben la destrucción de las condiciones de seguridad, son reglas legítimas de la vida en común. Pero de la legitimidad de esas normas de comportamiento no necesariamente se sigue que también sea legítimo imponer siempre su observancia por medio de la pena criminal. El asunto más sensible del derecho penal no viene dado por las normas de comportamiento, sino por las normas de sanción.

La siguiente reflexión es, desde luego, válida: si el derecho penal es la expresión del estado de una sociedad, entonces justamente también el derecho penal en la sociedad del riesgo estará orientado a la consecución de seguridad. Pero en este contexto los hechos tienen una fuerza normativa desbordada, lo cual, sin embargo, no debe convertirse en un obstáculo de cara a la búsqueda de la solución más adecuada. Reforzar el empleo del derecho civil y administrativo, pero también el desarrollo ulterior de un –digno de revalorización– derecho contravencional con un repertorio de medidas orientadas utilitariamente a la prevención general y distanciado de un reproche de culpabilidad ético-social, serían todas alternativas muy prometedoras. Por supuesto, aquí una vez más debe hacerse valer de forma clara e inequívoca el principio de subsidiariedad: el derecho penal solo puede ser la *ultima ratio* para la solución de conflictos sociales y no, por ejemplo, prima o, incluso, *sola ratio*. La exigencia de Kant, solo las reglas básicas de la convivencia en común bajo formas jurídicas y su garantía estatal han de ser protegidas por el derecho penal, no debe caer en el olvido.

Para cerrar, además debe operar en un punto adicional una petición de principio. Y ni el legislador, ni la ciencia, ni la justicia están, por ningún motivo, eximidos de transitar por este cuello de botella del derecho penal le-

gítimo: los nebulosos bienes jurídicos universales deben ser traídos de vuelta al territorio conceptual propio del bien jurídico liberal, donde solo entran en consideración como bienes jurídicos aquellas propiedades de personas, cosas e instituciones que sean condiciones demostrables del libre desarrollo de la personalidad en una sociedad. Estos bienes jurídicos también podrían, entonces, dentro de estrechos límites, merecer y disfrutar de la protección mediata de un derecho penal de la seguridad.

Debate

PREGUNTA: Me gustaría saber cómo es el estado de las prisiones en Alemania y la condición en que se encuentran los reclusos, es decir, si hay programas de rehabilitación, si pueden trabajar y cobrar un salario, etc.

KINDHÄUSER: A esta pregunta sólo puedo contestar que usted no debe tener ningún temor si llega a ir presa en Alemania. No hay personas hacinadas, la alimentación es correcta y tras algún tiempo... digamos, si uno recibe una pena de cinco años de prisión, pasados los dos años tiene la posibilidad de dejar la prisión durante el día para ir a trabajar y luego volver. En toda Europa y en Escandinavia ya no existe un sistema duro de prisiones. De todos modos, no es nada agradable estar preso. Aunque hay que reconocer que cuando se acerca el invierno aumentan los hurtos y robos de las personas que viven en situación de calle para ir a prisión. De hecho, los cometen para que los vea la policía.

PREGUNTA: Los medios masivos de comunicación que difunden información sobre un caso particular durante el proceso modelan inevitablemente la opinión pública y en ocasiones son causa de una condena social previa a la sentencia que no tiene nada que ver con el sistema jurídico en sí mismo. En estos casos, ¿cómo opera aquí la prevención general positiva?

KINDHÄUSER: Me gustaría hacer una observación previa para luego aclarar este punto. Cuando alguien hace algo grave como, por ejemplo, una violación, quebranta con ello normas de diferente naturaleza. Hay normas religiosas, normas morales y, claro está, normas de derecho penal. Todas ellas prohíben la violación. La diferencia entre estas normas radica, sin embargo, sólo en aquella instancia ante la que se debe responder. Cuando uno quebranta una norma religiosa debe responder ante Dios. Cuando se trata de una norma civil uno debe responder ante aquel que ha sido perjudicado. Cuando se trata de una norma de tipo moral se debe responder, si uno es

kantiano, ante el tribunal de la razón pura, o bien ante la moral social de la ciudadanía. Y, finalmente, cuando se quebranta una norma penal se debe responder ante el Estado. Los discursos que sostienen estos diferentes tipos de normas circulan en la sociedad entremezclados, es decir, se debate acerca de si esto o aquello es así desde el punto de vista moral o no, o bien acerca de cómo sería desde una perspectiva religiosa... Y la prensa los transmite también de ese modo.

Entonces, cuando ocurre un hecho de semejante naturaleza y sobre todo cuando están implicadas personas muy conocidas por la sociedad, como ocurrió en Alemania con el caso Kachelmann, es decir, con un periodista televisivo muy querido y reconocido que fue acusado de haber violado a su ex pareja, es natural que de inmediato comiencen en el público las discusiones en paralelo al proceso penal (y con independencia de él) acerca de si el acusado ha cometido o no el hecho que se le imputa. O bien si desde el punto de vista moral es tolerable que se conduzca así alguien que tiene una vida pública, etc. Y también todo tipo de especulaciones acerca de si un personaje público debe tener una suerte de moral especial o no, si debe acatar las normas religiosas, por ejemplo... Si ahora volvemos al rol de la prensa, creo que tiene que llevar adelante discusiones respecto del aspecto moral que permitan clarificarnos, justamente, qué cosas estamos en condiciones de exigir como ciudadanos de las personas que tienen una vida pública y qué no. Por ejemplo, en el caso de un ministro, ¿sólo debe juzgarse su desempeño como funcionario? ¿O debemos también saber algo de su vida privada? ¿Y hasta dónde? Esto es una discusión moral. Y en este terreno la prensa es totalmente libre de formular sus juicios y especulaciones. También puede sentar opinión taxativa sobre estos temas. Y decir, por ejemplo, en el caso que nos ocupa respecto de Kachelmann: "Según nuestra opinión se trató de una violación. Su comportamiento fue totalmente incorrecto, etc.". Esto es perfectamente correcto porque se trata de un juicio moral.

Ahora bien, el lado jurídico de esta problemática tiene lugar una vez que existe una sentencia de culpabilidad. La culpabilidad no es un atributo de una persona, sino que es un juicio constitutivo respecto de ella a través de una sentencia en un procedimiento formalizado por completo. Y este procedimiento tiene dos lados. Por una parte, está el lado jurídico, por el cual se dictamina que alguien es culpable; por la otra, el modo formalizado de llegar a esta sentencia debe ser un ejemplo para la sociedad acerca de cómo hay que proceder respecto de los conflictos, es decir, que tenga una función educadora. Esta sentencia constitutiva respecto de la culpabilidad de una persona no debe estar en manos de la prensa, sino sólo del tribunal.

Creo que la dificultad radica precisamente en que en procesos de este tipo los juicios morales y los jurídicos suelen estar muy entremezclados. La prensa debe ser totalmente libre en un ámbito y, al mismo tiempo, estar muy contenida respecto de otro. Doy un ejemplo. El presidente de un partido político en Alemania ha manipulado ciertas cuentas, no para sí mismo sino para su partido. Se pudo demostrar que desde el punto de vista jurídico no era contrario a derecho lo que hacía pero desde el punto de vista moral era cuestionable y al trascender debió renunciar. Uno de los grandes problemas que tenemos como juristas es que vemos a la prensa siempre desde la perspectiva jurídica y no tanto en su función ético-social. Aunque siempre debemos preservar el principio de inocencia desde la perspectiva jurídica.

TERCERA ENTREVISTA

Entrevista al Prof. Dr. Urs Kindhäuser, director del Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Bonn, en el marco de la Conferencia “Antijuricidad desde la perspectiva de un modelo comunicativo del hecho punible” llevada a cabo en la Universidad Nacional de La Matanza y dictada por el Prof. Kindhäuser. San Justo, 14 de octubre de 2015.

* * *

MIZRAHI: En esta oportunidad no seré yo quien formule las preguntas sino los miembros del equipo de investigación aquí presentes. Se trata de un proyecto trianual bajo mi dirección que ha comenzado este año y tiene financiamiento del FONCyT. Investigamos desde un análisis interdisciplinario la relación entre el fenómeno del neopunitivismo y la crisis de la soberanía estatal, es decir, tratamos de rastrear tanto los fundamentos como las consecuencias del derecho penal de emergencia. Este proyecto está radicado en el Dpto. de Derecho y Ciencia Política de la UNLaM, si bien no todos sus miembros son investigadores de esta universidad. Al respecto, nos ha sido de gran ayuda que nos adelantara los textos de sus conferencias. No sólo de la que dará aquí en un par de horas, sino también de las que vino dictando en otros países de América Latina este año. Sobre la base de esos textos hemos formulado algunas preguntas que nos interesaría discutir con usted.

KINDHÄUSER: Con todo gusto. No tienen más que formularlas.

MIZRAHI: Entonces, le paso la palabra a Ezequiel Malarino. Me parece que su intervención es un buen punto de partida, dado que antes de formular sus preguntas realiza una síntesis de la posición teórica que usted defiende en las conferencias analizadas.

MALARINO: Formulo, entonces, mis preguntas. Según su modelo comunicativo del hecho punible, la comisión de un hecho punible es una declaración de la voluntad frente a la universalidad o la generalidad, según la cual el autor comunica que la norma no es válida. La pena, como respuesta al quebrantamiento de la norma, declara que la norma debe valer y vale sin reservas. La pena lleva consigo el mensaje de que la norma es válida y que es correcto respetarla. Según su modelo, se trata de una suerte de restitución de la validez de la norma a través de la pena. El fin de la pena es para usted solo la prevención general positiva, no la intimidación, sino el fortalecimiento o la estabilización de la confianza de la sociedad en la validez de la norma. En este contexto me gustaría formular tres preguntas que están interconectadas. Primero: ¿es realmente necesaria la adición de un daño, es decir, del dolor o sufrimiento penal para un modelo comunicativo del hecho punible? ¿Por qué no alcanza con que el Estado declare a través de una sentencia autoritativa que el comportamiento del autor es incorrecto y que la norma continúa siendo válida, o bien, que vale como tal? Puedo entender bien que el autor comunique a través de un acto violento que para él la norma no tiene significado. Lo que para mí no es tan claro es: ¿por qué el Estado también debe comunicar a través de la violencia si es que, al mismo tiempo, no pretende ofrecer razones de orden prudencial para el respeto de la norma? Segundo: ¿no puede comprenderse mejor la imposición de un daño o de un sufrimiento penal como una exigencia de la prevención general negativa (aun cuando todavía no exista una base empírica para tal teoría)? Tercero: usted sostiene que la medida de la pena se corresponde con la pérdida de validez de la norma. Cuanto mayor sea la pérdida de validez de la norma, tanto mayor será la pena. ¿Es posible medir gradualmente la validez de la norma o su pérdida de validez? ¿Es la validez de una norma un fenómeno gradual que puede ser escalonado? ¿O más bien habría que decir que vale o que no vale, es decir, un pensamiento de “todo o nada”?

KINDHÄUSER: Usted ha sintetizado muy bien al principio aquello de lo que se trata. Sin embargo, existen dos puntos que quisiera aclarar. Esto es importante luego para la comprensión. El primero es un problema vinculado a lo que usted ha dicho: “el autor declara que la norma no es válida”. Aquí hay un cierto malentendido que debe ser aclarado. Es posible distinguir la validez fáctica de la validez normativa. La validez normativa tiene lugar cuando una ley es sancionada conforme a los procedimientos establecidos para tal fin y en el Estado debe ser reconocida como ley. A eso llamaría yo validez sin más. Y, naturalmente, esta validez normativa no es cuestionada por el autor de un hecho punible. Porque él no dice con su acción que la prohibición de dañar

el cuerpo de otro no tiene validez en Alemania o en Argentina. Esto sería muy tonto. La validez de la norma no está puesta en entredicho. El autor sabe, y esto es muy importante para la conciencia del ilícito, que la norma vale en este Estado. Lo que sí pone en cuestión es su carácter vinculante para con él. Y esto es decisivo para la comprensión posterior de la prevención general positiva. No se trata, entonces, de la validez sino del carácter vinculante de la norma. Y la validez fáctica consiste, entonces, en que para la mayor cantidad posible de miembros de una sociedad la norma sea vinculante y que de hecho sea seguida. Este sería el primer punto a aclarar. El segundo punto en cuestión que habría que aclarar respecto de la síntesis inicial está referido a la prevención general positiva. No llegaría tan lejos como para afirmar que la prevención general positiva debería ser la única legitimación de la pena. Tampoco considero que eso sea importante. Lo único que sí creo, y pienso que muchos otros colegas también, es que para explicar el modelo del hecho punible sólo necesitamos de la prevención general positiva. Los otros fines de la pena no son apropiados para nuestro modelo actual del hecho punible. Ahora bien, esto no quiere decir que la pena no pueda ser también intimidante o que incluso en la aplicación de la pena esto no sea en cierta medida legítimo según el Código Penal alemán. O bien aspectos referidos de la prevención especial, que considero muy importantes, a saber, que mientras alguien está en prisión reciba ayuda adecuada para que pueda resocializarse. Está muy claro que la idea de retribución no ha desaparecido (a esto vuelvo enseguida), sino que en su formulación clásica como el “ojo por ojo” de la ley del talión, o la prevención especial en el sentido en que lo planteaba Von Liszt, o la intimidación sin más, no están en condiciones de explicar por sí mismas el modelo del hecho punible que hoy tenemos. Y esto lo explica sólo la prevención general positiva. Los demás no están excluidos. Aclarados, entonces, estos dos puntos, veamos ahora su primera pregunta. Por supuesto que la encuentro muy interesante. Esta propuesta de prescindir por completo del dolor penal y entender la pena sólo como una declaración de que se ha obrado de manera equivocada ha sido formulada en Alemania, según tengo conocimiento, sólo por Klaus Günther, mi colega de Frankfurt. Y no encontró la menor resonancia. Pero tanto en Brasil como aquí parece ser más interesante que en Alemania, porque vengo de Brasil y me han formulado una pregunta semejante. En todo caso, parece que este modelo tiene mayor resonancia en el exterior que en nuestro propio país. Existe también en la praxis este modelo, por ejemplo, en Sudáfrica. Allí no ha ocurrido lo mismo que en Alemania tras el colapso de la República Democrática Alemana o del régimen nazi, en donde se ha reaccionado con el derecho penal. Por

el contrario, en Sudáfrica se han erigido comisiones de la verdad que sólo han constatado lo que en realidad ha sucedido pero sin ninguna consecuencia penal. Y en este caso, en las sentencias de las comisiones de la verdad, en las que simplemente se ha indicado que lo que se hizo estaba equivocado pero sin consecuencias de tipo penal, tuvo efectos enormes porque se pacificó a la población. Se ve con claridad que aquello que se hizo estuvo mal. Y esto en el caso de un *Apartheid* estatal o de una dictadura produce seguramente un efecto muy tranquilizador. Porque tampoco del otro lado, es decir, del lado de los así llamados “perdedores”, no produce ningún odio o ni resistencia, simplemente se sienten desarmados. Cuando existe una situación tal creo que es muy conveniente un modelo de naturaleza puramente expresiva, es decir, que renuncia a la adición de un daño.

MIZRAHI: ¿Pero no se trata justamente de un caso muy excepcional?

KINDHÄUSER: Claro, se trata en todos los ejemplos mencionados de casos excepcionales. Y en dos sentidos. Por un lado, se trata de procesos históricos terminados: no va a volver un *Apartheid* ni tampoco una República Democrática Alemana. Por otro lado, no se trata de una norma singular sino de un sistema completo. Y esto hace toda una diferencia.

MIZRAHI: ¿Y los nazis? ¿Tampoco van a volver?

KINDHÄUSER: (sonrisas) Esperemos que no. Pero eso fue algo tan terrible, la magnitud del crimen tan enorme, que atravesó a toda la sociedad y tampoco se podía resolver de ninguna manera con comisiones de la verdad. Pero por qué este modelo tampoco funciona cuando se quebrantan normas singulares. Creo que depende fundamentalmente de dos cosas. Primero, de la estructura de la norma. Una norma vincula siempre intereses contrapuestos. Cuando alguien sigue una norma renuncia a cierta libertad. Cada norma exige con su seguimiento renunciar a cierta libertad. Y lo que hacemos con el derecho penal en su favor es proteger bienes jurídicos. Pero además se exige otra cosa más. Por ejemplo, en la práctica del comercio me es permitido sacar una ganancia. El fin del comercio es el lucro, claro. Pero no puedo hacerlo si miento para obtener ese fin. Y esto se vuelve con frecuencia un juego muy complicado de intereses. Con bienes jurídicos elementales, como en el caso de las lesiones corporales, la vida, etc., no hay tanta dificultad. Pero en otros casos sí porque cada norma pretende un equilibrio de intereses y siempre exige una renuncia a cierta libertad. Y esto es muy importante que sea comprendido. Los símbolos elementales de la renuncia a la libertad son la libertad de movimiento corporal en relación con el tiempo que no es utilizado y el dinero. Libertad de hecho en el movimiento y realización de oportunidades

materiales en la forma de dinero. Por tanto, en la medida en que no tengo permitido mentirle al otro, renuncio a ganar dinero con ello. Doy un ejemplo muy sencillo proveniente de las normas de tránsito que ilustra el quebrantamiento de la norma y el tratamiento que puede recibir el quebrantamiento de la norma. Bien. Estoy en una autopista y se indica que la velocidad máxima permitida es de 80 km/h. Entonces, viajo a 80 km/h y pierdo mucho tiempo porque no voy a 140 y con ese tiempo podría hacer negocios, por ejemplo. Sin embargo, acato la norma y voy a 80 km/h. Y observo que por al lado mío pasan otros autos a 100 km/h, a 120 km/h, etc. Todos. Y con ello obtienen una ganancia. O sea que ellos obtienen una ventaja con el quebrantamiento de la norma y yo sólo obtengo una desventaja observándola. Imaginemos, entonces, que en cierto lugar hay un radar. Y gracias al radar es posible confeccionar una lista con los nombres de las personas y las velocidades a las que transitaban. Esta lista diría: señores tal y cual a 120 km/h, señores fulano y zutano a 100 km/h, sin la más mínima reacción. Y luego, atención, viene el nombre de un tonto: el señor Kindhäuser 80 km/h (risas). ¿Tendría que estar satisfecho con eso? Claro que no. La próxima vez voy a ir a 120 km/h aunque más no fuera para figurar en la lista. Entonces, no se trata de intimidar. No es eso. Sino más bien que aquel que haya renunciado a su libertad no se sienta un tonto por eso. De lo contrario, también él dejará de ser fiel al derecho. El objetivo de la prevención general positiva es, entonces, que aquel que es fiel al derecho lo siga siendo en el futuro. Como vemos en este ejemplo, tenemos un conflicto y debemos resolverlo de manera tal que, al menos en el plano simbólico, quede claro que no le termine yendo peor a quien ha seguido la norma y renunciado a su libertad que a quien la ha quebrantado. Y la compensación debe ser también simbólica a través de la renuncia a cierta libertad. Naturalmente, no se les puede exigir a los infractores que vuelvan a hacer el mismo recorrido por la autopista pero yendo a 80 km/h o incluso a 60 km/h. Eso sería absurdo. Pero sí pedirles que acarreen los mismos costos, ya sea en la forma de dinero o de libertad de movimiento que supuso la renuncia a esa libertad. La compensación es ciertamente simbólica. No podemos aplicar de manera literal la ley del talión porque no vivimos del trueque. Así que el cómputo requerido para la compensación ha de ser simbólico y debe proceder a través de restricciones económicas o vinculadas a la libertad de movimiento. Si existen otras posibilidades para realizar este cómputo..., esto no lo discutiría. Y, de hecho, en Alemania se debate acerca de si se debería computar de otra manera, o sacar la licencia de conducir o cosas semejantes. Según mi opinión, todo eso no tiene demasiado sentido, pero la discusión de hecho existe.

MALARINO: Entonces, el fin de la pena consiste en compensar las ventajas obtenidas de manera desleal.

KINDHÄUSER: Sí, pero sólo con el propósito de que quien ha seguido la norma no sienta que ha obrado de manera equivocada, es decir, que no sienta que su renuncia a una cierta libertad ha sido al divino botón. Creo que esto es una causa psicológica muy importante. Según mi opinión, éste es el momento de la retribución en el marco de la teoría de la prevención general positiva, no a la manera de las viejas teorías retributivas del tipo de la ley del talión. A esto habría que sumarle otro punto de vista. Tomemos, por ejemplo, a Kant, que en función de la justicia ha sostenido una teoría absoluta de la retribución. Y creo que todas las medidas del Estado tienen que ser mensuradas según el postulado de la justicia, es decir, siempre tienen que ser justas. No se debe argumentar sólo en función de cálculos puramente racionales o instrumentales sino también de manera justa. Pertenecce a ello una justa compensación de los costos. Por lo tanto, la pena debe ser considerada también desde la perspectiva de la justicia. Aquí podríamos volver sobre otra de sus preguntas. Porque la teoría de la prevención general positiva también es una teoría de la prevención integral o integradora en términos de Hassamer. Y ello porque comporta siempre un cierto contenido educativo. El Estado tiene siempre que ser también una figura ejemplar en lo que respecta a resolver un conflicto de la manera adecuada. Tiene que siempre mostrar cómo se hace algo tan delicado de la manera correcta. Si, por ejemplo, se les diera rienda suelta a sentimientos de venganza, entonces, se antepondrían intereses individuales. Pero esto es lo que no debe ocurrir. El Estado señala cómo se debe proceder. Y esto puede explicarse muy bien con el proceso penal. Así es como se trata a quien ha sido inculpado: él tiene sus derechos. Así es como se trata a quien está en prisión: atendiendo a su dignidad humana. Por tanto, debe tener lugar también un proceso educativo para la sociedad, de modo tal que de la mano de la pena sea posible ver cómo debemos tratarnos los unos a los otros cuando deseamos resolver nuestros conflictos. Esto lo considero un punto de vista muy importante en contra de las penas elevadas.

MIZRAHI: El proceso mismo es educativo y también comunicativo.

KINDHÄUSER: Sí, tenemos que ponernos de acuerdo comunicativamente a través de la pena acerca de una sociedad justa. Y es absolutamente imposible a través de la pena de muerte ponerse de acuerdo.

MALARINO: Creo que ya ha respondido a mi segunda pregunta acerca de si no se comprende mejor la idea de imponer un mal o un dolor penal como una exigencia propia de la prevención general negativa.

KINDHÄUSER: Veamos. Si retomamos el ejemplo del tránsito, es muy claro que desde el momento en que alguien paga una cantidad de dinero por haber conducido demasiado rápido, desde luego se siente también intimidado. Por eso creo que éste es un muy buen ejemplo de lo que pienso respecto de la pena: necesitamos la prevención general positiva para explicar cómo la pena debería funcionar y cómo debemos conducirnos respecto de ella. Se trata de un modelo explicativo. Pero la prevención general positiva tiene también un efecto colateral de intimidación. Y hay que tomar este efecto de manera igualmente positiva. ¿Por qué no se debería intimidar a un delincuente? No tiene nada de malo. Intimidar con la pena a un delincuente no es como tal ningún delito. No hay nada para decir en su contra. Sin embargo, el fin de la pena no debe ser, precisamente, la intimidación –porque si así fuera es muy fácil perder la proporción–, sino una manera justa de encarar el conflicto de modo tal que quien haya sido fiel al derecho siga siéndolo luego.

EIROA: Entonces, las normas están vigentes en la medida en que son observadas y la pena tiende a reforzar esta observación. Si las normas no fueran observadas perderían su vigencia.

MIZRAHI: Sí, pero sólo su vigencia fáctica; no la normativa, que depende de cómo las normas fueron sancionadas, etc.

MALARINO: Profesor Kindhäuser, usted sostiene que la medida de la pena debe corresponderse con la pérdida de validez de la norma. Cuanto mayor sea la pérdida de la validez normativa, más elevada ha de ser la pena. Pero ¿es posible medir gradualmente la validez de una norma o su pérdida de validez? ¿Es la validez de una norma un fenómeno gradual que puede ser escalonado?

KINDHÄUSER: Consideremos este punto. La ley del talión en su sentido originario fue una idea para limitar las penas. Por ejemplo, si me quitan un diente de un golpe, tengo permitido reaccionar quitándole sólo un diente de un golpe al agresor. Si hoy quisiéramos ponerlo en práctica sería muy problemático. Pensemos que alguien roba una goma de mascar en un kiosco. En este caso debería pagar con una goma de mascar, es decir, con lo mismo. Pero, entonces, se podría pensar que el riesgo por hurtar es ínfimo. Uno roba, roba y roba. Y si alguna vez lo descubren, sólo en esa ocasión devuelve la goma de mascar. Aquí vemos cómo la ley del talión fue una gran idea para

limitar las penas pero no se condice con la realidad de nuestras normas. Sobre todo porque tenemos normas que protegen respecto de riesgos, es decir, los delitos de peligro. Por ejemplo, normas que protegen respecto del peligro que conlleva el uso de la energía nuclear. Si esas normas fueran quebradas por alguien, ¿qué debería ocurrir si se aplicara la ley del talión? ¿Usar energía nuclear contra una central atómica? No, claro que no. Las cosas no funcionan así en nuestra sociedad. Eso sería imposible. En cualquier caso, como ya he dicho, debería haber una compensación simbólica. Y una compensación simbólica nunca puede ser exacta, precisamente, porque es simbólica. No puede haber, entonces, un *justum pretium* sino que la compensación proviene del mercado, es decir, depende del valor que la norma violada tenga para la sociedad. Y, por cierto, también de cómo esa norma sea observada en la sociedad. Si una norma fuera muy poco respetada y se reaccionara con penas enormes ante su violación, sería un sinsentido total porque esa norma no tiene gran valor para la sociedad en cuestión. Por otro lado, y aquí radica la dificultad, tampoco puede calcularse el valor de la norma por su validez fáctica. Algo relativamente obvio: es una experiencia cotidiana que la prohibición de matar, es decir, la norma que prohíbe el asesinato es muy vinculante para la gente. En general son muy infrecuentes los casos de verdaderos homicidios. Entonces, podría pensarse que un homicidio no es algo demasiado grave, dado que, en cualquier caso, la validez de la norma no está en peligro. Pero cálculos de este tipo no tienen el menor sentido. Así no es posible medir la pena: ni fáctica ni normativamente, sino que debe tenerse en cuenta la compensación de los intereses en juego y qué bienes están por detrás. En el caso de la prohibición de matar, la vida es prácticamente la quintaesencia de la libertad porque si esta se pierde, se pierde todo. Se trata de una norma tan elemental que por eso mismo exige que a nivel simbólico se reaccione con una pena máxima. Entonces, hay que encontrar un valor simbólico que compense la renuncia total a la libertad o el daño perpetrado a la libertad por el quebrantamiento de la norma. Y esto hay que hacerlo democráticamente. No tenemos otra opción. Eso significa que, ante todo, hay que proceder a través del legislador, que debe sancionar una ley que establezca el marco penal adecuado respecto de cómo se debe compensar simbólicamente. Y dentro de ese marco normativo se debe ponderar la situación concreta del autor, es decir, conforme al principio de culpabilidad. Si fuera una situación en la que cualquier ciudadano normal, fiel al derecho, no esperaría que la norma fuera observada, entonces, la pena debe ser baja o ni siquiera existir. Por lo tanto, el criterio es social. Si hoy hiciéramos un corte en la sociedad podríamos ver qué bienes son los

más valorados. Y sólo en función de ello debería encontrarse la manera de establecer una compensación simbólica.

MIZRAHI: Pero su posición presupone sociedades relativamente homogéneas. Y este no es el caso de nuestras sociedades contemporáneas, que son altamente heterogéneas. Hay bolsones de marginalidad, por ejemplo, y también multiculturalismo. Conviven de hecho diferentes escalas de valores bajo un mismo marco normativo y no existe acuerdo social respecto del valor de los bienes protegidos por las normas.

KINDHÄUSER: Si les interesa, hay muchas semejanzas entre mi planteo y lo que sostiene Günther Jakobs. Ambos somos partidarios de un modelo comunicativo, ambos somos normativistas. Pero en esta cuestión creo que podríamos marcar una diferencia. Si a Jakobs se lo exigiera, la perspectiva sociológica sería lo decisivo, a saber, qué es dable esperar en una situación determinada. En consecuencia, la sociedad proviene de la emiprea, es decir, resulta suficiente en cierto sentido permanecer en el estrato sociológico. Esto yo no podría aceptarlo. Considero que lo decisivo no es la perspectiva sociológica, sino la jurídica. Tenemos que fijar los valores en un discurso jurídico, esto es, no por medio de consideraciones sociales sino en el discurso jurídico ver qué sería lo correcto. Y, justamente, no tiene sentido que yo pregunte sólo munido de un micrófono qué diría usted y usted y usted, sobre esto, sobre aquello, sobre la sexualidad y vaya a saber el diablo sobre qué más..., sino que tenemos que elaborar un discurso pensado sobre estas cosas, es decir, dar cuenta de por qué, sobre qué fundamento. Y para la cuestión jurídica debe tener lugar un normativismo jurídicamente fundamentado. Por eso, jamás sostendría que como las cosas ahora son así, así tienen que ser. Sino que tenemos que hacer, en cierto sentido, un trabajo de ilustración jurídica, esto es, llevar adelante una argumentación jurídica en el sentido habermasiano y luego fijar los valores. Pero obviamente con criterios jurídicos. No se trata de saber cómo me comporto yo correctamente, sino cómo he de comportarme conforme al derecho. En el fondo, se trata aquí también de una vieja discusión respecto del significado de lo socialmente adecuado. ¿Qué es lo socialmente adecuado? ¿Es socialmente adecuado aquello que de hecho sucede? ¿El comportamiento que de hecho se observa es quién tiene los pantalones puestos y manda? ¿O bien sólo es tolerable lo que es aceptable jurídicamente y es el derecho quien tiene los pantalones puestos? ¿Quién ostenta aquí una posición de predominio? ¿Lo que es adecuado socialmente en sentido puramente fáctico pone un límite al derecho? ¿O bien el derecho es quien determina aquello que es socialmente adecuado? Al respecto tengo un caso muy ilustrativo de mi época de

juez. Todavía me causa mucha gracia cuando pienso en ello. En esa época todavía existía Yugoslavia, fue mucho antes del colapso de Europa del Este. Se trataba del caso de un camionero yugoslavo que vivió muchísimos años en Yugoslavia y que hacía poco trabajaba en Alemania. Había sido detenido por la policía con un camión totalmente excedido en su carga. Él recibió una pena muy alta y se vio obligado a pagar una suma enorme. Fue llevado a los estrados y yo era el juez. Me dijo que no podía entender lo que le sucedía. En Yugoslavia tenía la obligación de cargar un camión tanto como cupiera dentro, de lo contrario era penado. Y en Alemania había que poner muy poca carga para no ser penado. Para él lo socialmente adecuado era cargar un camión tanto como fuera posible; para nosotros, en cambio, sólo hasta que pudiera resultar peligroso. Se trataba, entonces, de un conflicto que surge a partir de diferentes procesos de socialización acerca de lo que se debe hacer. Cuando ello ocurre, considero que la manera adecuada de resolverlo no es adoptando un punto de vista fáctico sino desde el costado jurídico. Pero no en el sentido de Habermas, es decir, llevando adelante una argumentación jurídica racional hasta que en un año nos pongamos de acuerdo o algo así. No, más bien atendiendo a nuestros valores jurídicos, por ejemplo, transportados por nuestra Constitución. Allí está todo el desarrollo jurídico, un discurso que cuenta con mil o dos mil años. Eso no lo podemos inventar; no podemos descubrir todo de nuevo. Esto significa que podemos encontrar a partir de los valores jurídicos que nosotros transportamos también aquello que consideramos realmente correcto. Y creo que se trata exactamente de eso, de que uno tiene que representar esos valores.

DE SAN FÉLIX: Claro, pero lo que pasa es que en los procesos de integración se va poniendo en cuestión constantemente el marco normativo. Entonces, allí regiría lo fáctico.

EIROA: Creo que si con este ejemplo se pretende discutir la tesis de Jakobs respecto de lo socialmente adecuado, me parece que no alcanza o que incluso el ejemplo no es bueno. Porque lo que se espera de un camionero en Yugoslavia no es lo mismo, justamente, que lo que se espera de él en Alemania. Me parece que ahí la crítica a Jakobs es un poco injusta. Cuando Jakobs habla de roles y expectativas anónimas asociadas al cumplimiento de esos roles, no sostiene que tales expectativas sean universales sino que se desarrollan en un determinado contexto.

KINDHÄUSER: Permítanme dar otro ejemplo, tal vez con esto pueda aclararse el punto. El *Oberlandesgericht Hamm*, que es uno de los tres tribunales de apelación del estado de Renania del Norte-Westfalia, en Alemania, tuvo que

decidir respecto del caso de un camión cargado con enormes hojas de acero que bajando una montaña chocó a un auto en el baúl que perdió el control y alguien salió lesionado. La cuestión era si hubo negligencia al conducir. Y el tribunal hizo sus averiguaciones. Realizó una consulta a los miembros de una asociación de conductores acerca de cuál era la velocidad con la que normalmente se conduce un camión. Y ellos dieron todo tipo de cifras. Por tanto, desde el punto de vista fáctico el 80% de los conductores hubiera cometido el mismo error. ¡Pero en esto no puede consistir el problema! El problema no es a qué velocidad se conduce sino cuál es la velocidad correcta en esa curva. Esto es lo que quiero resaltar. No puede ser la respuesta cómo se conduce desde el punto de vista fáctico; ese no puede ser el criterio, sino qué es lo correcto. Por supuesto, yo jamás afirmaré que Jakobs en este caso sostendría que la velocidad correcta es aquella a la que conduciría el 80% de la gente. Claro que no. Seguramente encontraría algún argumento astuto para decir que a esa velocidad no se debe conducir. Pero con ello renunciaría también de manera astuta a su propia teoría.

DI LEO: Me gustaría formular una pregunta vinculada con la validez de las normas. Usted sostiene que “en una sociedad democrática las normas del derecho penal son reglas de comportamiento que los ciudadanos se han dado a sí mismos con pretensión de vinculatoriedad general”. Acepto que esto debería ser así. Pero en Argentina, por ejemplo, se han implementado muchas reformas al Código Penal contrarias a los intereses de los ciudadanos. Por ejemplo, la Ley 26.734, conocida ante la opinión pública como Ley Antiterrorista, fue sancionada en sesiones extraordinarias y en tiempo récord por estrictas presiones del GAFI. La pregunta entonces es: ¿no cree que existe una crisis de representación aguda en los Estados democráticos actuales por la cual queda deslegitimada la norma en general?

KINDHÄUSER: Obviamente, este es un problema enorme. Pero no un problema normativo. Vivimos de presuposiciones normativas contrafácticas. Por ejemplo, de la presuposición contrafáctica de que todos los hombres son iguales. No conozco nada que sea más diferente que los hombres entre sí (risas). Pero vivimos de eso, esto significa que para nosotros es un *factum* que todos los hombres son iguales, si bien sabemos que no es cierto, que evidentemente no lo es. Y esto también se aplica al legislador. Introducimos una figura normativa que es la del legislador. Ahora bien, desde el punto de vista fáctico puede hacer en muchos ámbitos varias cosas relativamente absurdas, por ejemplo, en nuestro caso, en el ámbito del lavado de dinero y también, claro, del terrorismo. Allí se han hecho cosas que ya no es posible adecuar de ninguna manera con la dogmática alemana. ¿Qué se hace enton-

ces? Si hubiera algo mejor... Este es un problema muy antiguo. Y encuentro esta discusión muy bien formulada en Radbruch: no sólo está el problema de lo normativamente correcto, sino también el de la seguridad jurídica. Y la seguridad jurídica es también un valor que tal vez pueda compensar falencias en otros ámbitos. Naturalmente, hay un límite y para ello está el derecho de resistencia. Pero antes de llegar a tal punto está el valor de la seguridad jurídica para protegernos de tales leyes. Se trata de un problema que no podemos resolver nosotros como científicos; piensen en Platón cuando quiso implementar su República..., era mejor lo que había. El derecho de resistencia queda reservado sólo para leyes que evidentemente son contrarias al Estado de derecho. Hay que entender que cuando se introduce una norma determinada se lo hace en el marco de un sistema jurídico que está construido de una manera muy compleja. Por lo tanto, tenemos que considerar esa norma en relación con el sistema jurídico completo. Y la legitimación democrática afecta, en verdad, al sistema jurídico completo, inclusive a la Constitución, inclusive a los derechos constitucionales, etc. Entonces, cuando una cosa no es aceptable en un determinado lugar del sistema, sin embargo, la aceptación del sistema como tal queda intacta y tenemos que aceptarla. Pero si aun así no queremos hacerlo, entonces, lo único que puedo decir con Jhering en *Der Kampf ums Recht* es que debemos luchar por el derecho y manifestarnos en contra de esas leyes.

DI LEO: Claro, entiendo que hay que tener en cuenta el sistema jurídico en general. Pero justamente estas leyes atentan contra el propio sistema. No se trata de leyes que están mal hechas, sino de normas cuyo contenido avanza sobre las libertades consagradas y, por tanto, van en contra del sistema. Desde este punto de vista, considero que merecen una consideración especial.

KINDHÄUSER: No lo puedo contradecir en lo más mínimo porque comparto plenamente su posición. Pero si la práctica no es como la teoría... es una lástima para la práctica. Desde un punto de vista científico, más no puedo decir. Nuestra tarea consiste sólo en advertir que tales leyes no se adecuan con el sistema. Este es nuestro menester. Nunca concebí mi tarea como una defensa de la validez del derecho tal como él es sino más bien con la elaboración de las bases teóricas de un sistema jurídico lo más justo posible. Y entonces esperar que se vea realizado y luchar por ello. Ahora bien, porque el legislador haga algo que de alguna manera requiera ser legitimado porque eso es importante... no, en esto no puede consistir nuestra tarea. En la actualidad tiene lugar una amplia discusión política en Alemania sobre la asistencia al suicidio. Y muchos catedráticos del derecho penal han tomado posición y están en medio del debate. No creo que deba imponerse esto en

contra de los políticos. Pero al menos hemos planteado ciertas cosas en la discusión general que tal vez tengan algún efecto.

MIZRAHI: El punto queda muy claro. Me gustaría volver sobre el problema del terrorismo. ¿Qué comunica un terrorista con un atentado? ¿Que el Estado como tal con sus leyes no existen para él? ¿O bien que ya no deberían existir? ¿Debería entenderse esta comunicación como una comunicación que le concierne al derecho penal? ¿Se trata de un hecho punible y de un actor propiamente dichos? En resumen: ¿tiene validez su modelo comunicativo del hecho punible también para el caso de acciones terroristas?

KINDHÄUSER: Si alguien asesina a su suegra, ¿comunica con ello que las suegras no deberían vivir? No. Sólo comunica que para él no tiene validez la prohibición de matar. ¿Y qué comunica un terrorista cuando pone una bomba y mueren cinco o noventa personas, como ahora en Turquía? Que para él no tiene validez la prohibición de matar. Ninguna otra cosa. Esto es lo que comunica como hecho punible. Y no es correcto darle al hecho punible el significado que a mí me resulta justamente adecuado. Él ha asesinado; es todo lo que ha hecho. Todo lo otro que viene después es la cuestión de la culpabilidad y su valoración. ¿Existe una justificación para él por la que podamos decir que su culpabilidad es menor? ¿O bien mayor? Pero lo que el comunica con el hecho punible es el hecho punible y no otra cosa. Y lo único que cuestiona el terrorista con su hecho punible es la vinculatoriedad de la prohibición de matar. No tenemos ninguna teoría del enemigo. Tenemos un asesino.

MIZRAHI: Pero ¿entonces para usted no hay ninguna diferencia entre un homicida común y un terrorista?

KINDHÄUSER: El autor de un hecho punible es el autor de un hecho punible. Obviamente, la acción terrorista infunde miedo en una medida mayor y abstracta. El contexto es distinto dado que también afecta libertades en mayor medida. Si escuchara mañana que en la estación de trenes de Bonn fue detenido un terrorista intentando poner una bomba, por más que se lo haya detenido e impedido el atentado voy a plantearme seriamente si debo tomar el tren como siempre o mejor viajar en auto o por otro medio. Es decir, tengo que cambiar mi vida. Y esto es algo que acompaña, obviamente, las acciones del terrorismo. Si es posible resolverlo por la vía del derecho penal... Si el derecho penal tiene aquí la posibilidad de dar una respuesta... no lo sé. Pero lo que seguro se puede hacer es configurar un tipo delictivo de manera tal que pueda ser disminuido el peligro abstracto asociado. No estoy fundamentalmente en contra de la configuración de tipos delictivos

encaminados a protegernos respecto de peligros abstractos. Pero se trata de delitos especiales para muy especiales peligros abstractos. Entonces, tenemos un hecho punible y el derecho penal se queda con eso.

MALARINO: De todas maneras, ¿no considera que un terrorista transmite con su acto otro tipo de mensaje que el de un homicida común? Por ejemplo, que el Estado no tiene ninguna autoridad.

KINDHÄUSER: A ver. Puedo pararme en la plaza y gritar que el Estado no tiene ningún valor para mí. Pero ¿qué hace el autor de un hecho punible? Un tipo especial de comunicación, distinta también de la de un político que sostiene un discurso de odio. Todo es comunicación. Pero nos enfrentamos aquí a la cuestión acerca de qué tipo de comunicación quiebra una norma. Y esta comunicación, la del hecho punible, siempre está asociada al quebrantamiento de una norma y no a otra cosa. El terrorista será penado porque ha cometido uno o varios homicidios, no porque quería destruir las reglas o el Estado. Él ha matado y por ese motivo será penado. Naturalmente, desde el punto de vista social es muy negativo que exista una organización que propague odio y miedo. Pero como penalistas debemos observar exactamente qué normas han sido dañadas y reaccionar en función de ello. De lo contrario, dejaría de existir el principio del hecho y también las garantías. Obviamente, la comunicación social y el terrorismo están íntimamente vinculados. Pero en ello se juega también lo que hagan los terroristas. Un hecho punible es un hecho punible.

MIZRAHI: Muchísimas gracias por todas sus respuestas. Como siempre, su planteo ha sido muy claro y profundo. Estamos muy complacidos con su nueva visita a nuestra universidad.

TERCERA CONFERENCIA
ANTI JURIDICIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE UN
MODELO “COMUNICATIVO” DEL HECHO PUNIBLE³

³ Conferencia pronunciada el 14 de octubre de 2015 en el Auditorio Grande de la UNLaM.
Traducción del alemán por Javier Contesse Singh.

I. Planteamiento del problema

1. La comisión de un hecho punible y el posterior castigo al autor no sólo son eventos que se suceden en el tiempo, sino también eventos que se sitúan el uno frente al otro bajo una relación de sentido. La pena es una reacción frente al hecho punible. Ella constituye una respuesta a éste por la vía de hacer responsable al autor por el mismo. Con Hegel, podría decirse: a través del hecho punible, el autor niega el derecho; declara la norma que prohíbe su comportamiento como no-vinculante para él. A su vez, y a modo de réplica, la pena niega la negación del derecho efectuada por el autor y declara la norma como vinculante hacia el futuro.

Semejante interpretación comunicativa de la relación entre hecho punible y pena clarifica la dimensión social de ambos eventos. Pena y hecho punible no se comportan el uno respecto del otro como el daño y la venganza con la que ciertos individuos resuelven sus respectivos conflictos. Antes bien, ambos obtienen su significado general para el orden social recién a la luz de una valoración jurídica. Pena y hecho punible son así eventos que se relacionan entre sí recién en atención a su relevancia jurídica.

Ahora bien, la relación comunicativa entre el hecho punible y la pena no debe entenderse como si se tratase de alguna forma de diálogo entre el autor y el juez. El hecho punible y la pena no son actos de habla referidos recíprocamente entre sí, con cuya ejecución el hablante y el oyente se encontrarían en un mismo nivel discursivo. Antes bien, el autor declara a través del hecho punible, y en contra de la generalidad estatalmente configurada, la no-vinculabilidad de la norma por él desatendida. El juez, por su parte, dicta la sentencia penal en nombre del pueblo y actúa, en tal medida, como órgano del Estado entendido en su generalidad. Brevemente: el hecho punible es una declaración de voluntad en contra de la generalidad, manifestación a la que dicha generalidad responde, a su vez, por medio del dictado de la sentencia judicial. En este punto, el derecho penal se diferencia considerablemente del derecho civil, en la medida en que éste se ocupa de la coordinación de intereses entre ciudadanos determinados.

En una sociedad configurada democráticamente, las normas del derecho penal son reglas de comportamiento que los ciudadanos se han dado a sí mismos con pretensión de vinculatoriedad general. De ahí que la confianza en el seguimiento de normas es –al menos conceptualmente– expresión del reconocimiento recíprocamente esperado de reglas de comportamiento conjuntamente acordadas y válidas para todos. En tal medida, el quebrantamiento de una norma afecta a cada ciudadano, aun si éste no se ha visto involucrado como víctima. Mientras el ciudadano se empeña en ser leal para con el derecho, él mismo ve que otros se comportan de manera desleal y sacan ventaja de ello; lo cual vale sobre todo para las víctimas de los hechos punibles. En la medida en que el proceso penal compensa dichas defraudaciones por medio de la aplicación de una pena, el mismo adquiere también una función de pacificación.

2. Una interpretación comunicativa del hecho punible debe proveer información acerca de cuándo un comportamiento puede ser comprendido como contradicción de una norma y acerca de cómo pueden ser introducidos los elementos de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en este modelo. A este respecto, cabe advertir, en primer lugar, que el suceso que funge como objeto de un reproche jurídico-penal se presenta desde perspectivas distintas para el autor y para el juez; *ex ante* para el primero, *ex post* para el segundo.

La mirada del autor está dirigida hacia el futuro. A éste, el derecho le exige orientarse de acuerdo con normas, esto es, con razones que sirven a la adopción futura de decisiones con arreglo a la medida provista por valoraciones jurídicas. *Ex ante*, el autor se encuentra enfrentado a la siguiente pregunta: ¿cómo debo comportarme para actuar de manera jurídicamente correcta? Si el autor, de hecho, se formula esa pregunta o no, es algo que no necesita ser zanjado. En cualquier caso, él se encuentra en una situación en la que debe decidir cómo debe comportarse de modo jurídicamente correcto. Por el contrario, la mirada del juez está dirigida hacia el pasado. El resultado de su apreciación consiste en una valoración de la decisión adoptada por el autor y de las consecuencias que de ella se siguen. Como órgano del Estado, el juez tiene que juzgar *ex post* si el autor ha ejecutado un hecho punible y, en caso de haberlo hecho, en qué medida debe ser castigado.

Recién con la sentencia (ejecutoriada) se establece de modo vinculante que el comportamiento del autor tiene el significado de un hecho punible. Pese a que, con ocasión de la respuesta a la pregunta de si ha sido cometido un hecho punible, el juez necesariamente debe considerar la decisión adoptada por el autor, dicha decisión debe incorporarla a un contexto más amplio. El juicio según el cual un hecho punible ha sido cometido contiene más que

una mera descripción de lo realizado por el autor. A modo de ejemplo: si un menor de doce años lesiona corporalmente a otra persona, él ha causado lesiones corporales, mas no ha cometido hecho punible alguno. Pues, de acuerdo con el derecho alemán, sólo puede castigarse a un autor a partir de los catorce años de edad. En su sentencia, el juez debe entonces apreciar el comportamiento del autor en un sentido amplio, incorporando el contexto del hecho. La reconstrucción de éste puede abarcar también consecuencias que el autor no ha reconocido pero que hubiese podido reconocer bajo determinadas condiciones. Adicionalmente, el juez tiene motivos para considerar tanto conocimientos como circunstancias psíquicas y físicas del autor que no juegan rol alguno en la decisión de este último o que juegan un rol menor. Así, por ejemplo, puede ser especialmente significativo para el juzgamiento del hecho por parte del juez que el autor haya matado a otra persona por codicia, actuando con arrebató y obcecación o asumiendo erróneamente la concurrencia de una situación de legítima defensa. El autor, en cambio, se enfrenta en todos estos casos a la misma decisión: ¿cómo debo comportarme para no infringir la prohibición del homicidio? Finalmente, para la decisión judicial también puede ser relevante si el autor ha lesionado los intereses de su víctima en una medida considerable o sólo levemente. Para el autor, en cambio, vale básicamente tener que evitar todo comportamiento que pueda lesionar a otra persona de forma prohibida.

Dado que para establecer la existencia de un hecho punible el juez tiene que tener a la vista circunstancias que son irrelevantes para el autor, la sistematización dogmática de los elementos de un hecho punible exige siempre el esclarecimiento de la perspectiva decisiva. En términos más precisos: en la comprobación de si se ha cometido un hecho punible, el juez debe cambiar de perspectiva. Por una parte, debe establecer el suceso *ex post*; por la otra, debe adoptar *ex ante* el punto de vista del autor.

II. El primer paso de comprobación: contrariedad a derecho

1. El primer paso de comprobación que debe dar el juez consiste en el establecimiento del suceso y de su valoración con arreglo a la ley penal. Usualmente, las leyes penales se encuentran formuladas de un modo tal que las mismas describen un comportamiento en la parte correspondiente a su antecedente, y establecen en la parte correspondiente a su consecuente, esto es, a la consecuencia jurídica, una medida de pena con la que el comportamiento ha de ser sancionado. A la parte correspondiente al ante-

cedente se la denomina tipo delictivo o simplemente tipo. En la medida en que el comportamiento del autor pueda ser subsumido bajo la descripción contenida en la ley penal, el comportamiento es calificado como típico. Las particularidades de la conceptualización del tipo y de la subsunción pueden ser aquí dejadas a un lado. En lo concerniente a nuestro problema, empero, es necesario advertir la circunstancia de que el tipo siempre utiliza verbos con los que el comportamiento es objeto de una determinada interpretación.

Incluso actividades simples –como, por ejemplo, conducir un vehículo en el tráfico rodado (tal como lo dispone el parágrafo trescientos dieciséis del Código Penal alemán)– son situadas en un contexto social. Ahora bien, por regla general, las diversas formas de comportamiento son conectadas con sus consecuencias causales en complejas unidades de sentido. Uno pensaría aquí en verbos como “estafar”, “falsificar documentos” o “lesionar un deber patrimonial”. Pero también un verbo simple como “matar” exige además de la ejecución del comportamiento, el acaecimiento causalmente condicionado de la muerte de otra persona. Mientras la persona cuya muerte es causalmente producida por el comportamiento del autor no haya muerto, el juez no puede imputar al autor haber dado muerte a otro en el sentido del tipo penal del homicidio.

En consecuencia, la tipicidad de un comportamiento necesariamente ha de establecerse *ex post*. Ello es adecuado también en relación con la comprensión del hecho punible como contradicción de una norma. El sentido de toda declaración se deja comprender íntegramente recién una vez que la expresión en cuestión está completamente terminada. Así, que las consecuencias lesivas de un comportamiento también pertenezcan al significado de un hecho punible es algo que apenas se deja discutir.

2. Ahora bien, a los tipos de las leyes penales subyacen valoraciones del derecho. El derecho reconoce una multiplicidad de valores, como la vida, la seguridad o la libertad. La totalidad de los mismos puede ser sintetizada en un único valor. Cabe designar dicho valor unitario como valor-del-derecho. Una vez valorado un estado de cosas con arreglo al valor-del-derecho, el resultado de dicha valoración puede ser positivo o negativo. El resultado positivo es la conformidad a derecho; el resultado negativo, la contrariedad a derecho. De acuerdo con ello, formas de comportamiento que se ajustan a la valoración jurídica pueden ser designadas como conformes a derecho, formas de comportamiento que, en cambio, contradicen dicha valoración, pueden ser designadas como contrarias a derecho.

En tanto las leyes penales sujetan las formas de comportamiento por ellas descritas a la amenaza de una pena, las mismas declaran implícita-

mente que tales formas de comportamiento son contrarias a derecho. A dicha valoración, no obstante, puede oponerse una valoración positiva producto de la concurrencia de determinadas particularidades del caso concreto, y, en tal medida, la colisión debe ser resuelta con arreglo al valor unitario del derecho. Así, por ejemplo, un comportamiento que realiza el tipo de las lesiones corporales ha de ser jurídicamente valorado de forma negativa con arreglo al valor de la integridad corporal. Pero en la medida en que la lesión haya sido causada en contra de un agresor cumpliéndose los requisitos de la legítima defensa, entonces entra en juego una valoración contraria del comportamiento que revierte la valoración negativa del tipo de las lesiones corporales. En tanto causa de justificación, la valoración contraria elimina la mancha del comportamiento típico generada por la valoración negativa. Y dado que la valoración de un comportamiento como contrario a derecho se encuentra referida a una contradicción con el ordenamiento jurídico en su totalidad, todas las valoraciones positivas del ordenamiento jurídico que sean pertinentes vienen en consideración como causas de justificación.

3. Habiéndose establecido la tipicidad de un determinado comportamiento y habiéndose negado la concurrencia de causas de justificación, el juicio provisorio del juez consiste en que el autor se ha comportado de modo contrario a derecho, esto es, antijurídico en el sentido del derecho penal. Pero ciertamente, un comportamiento antijurídico, como tal, no es todavía un comportamiento punible. Pues todavía debe poder reprocharse al autor haber ejecutado dicho comportamiento. Aquí vale el así llamado principio de culpabilidad. En una decisión fundamental del año 1952, el Tribunal Supremo Federal, el máximo tribunal de revisión alemán, sintetizó dicho principio en la siguiente fórmula: “Con el juicio desaprobatorio de culpabilidad se le reprocha al autor no haberse comportado de forma jurídicamente correcta, pese a haber podido comportarse de forma jurídicamente correcta”.

Con ello se expresa en palabras simples y con una claridad del todo deseable en qué consiste un hecho punible: se trata de una decisión a favor de una alternativa de comportamiento contraria a derecho y en contra de una alternativa de comportamiento conforme a derecho. Dado que esa decisión tiene lugar al momento de la ejecución del comportamiento, el juez debe, con ocasión del segundo paso de comprobación, cambiar de perspectiva. El juez debe adoptar el punto de vista *ex ante* del autor. En lo que sigue, corresponde reconstruir dicha decisión *ex ante* bajo el esquema de la teoría de las normas.

III. Segundo paso de comprobación: antinormatividad

1. Para dar respuesta a la pregunta de cómo se puede conceptualizar la situación de decisión del autor en los términos de la teoría de las normas, es necesario, en primer lugar, ofrecer una breve explicación del concepto de acción presupuesto por dicha teoría. Semejante concepto es simple y de naturaleza formal. El mismo se encuentra como elemento básico en todas las teorías acerca de la determinación del concepto jurídico-penal de acción y está construido sobre el concepto de comportamiento. Por “comportamiento” puede entenderse la existencia de un cuerpo humano entre dos instantes. Lo cual significa: durante todo el tiempo en que una persona se encuentra con vida, ella se comporta ininterrumpidamente. Dicho continuum del comportamiento puede ser escindido en fragmentos individuales, y estos, a su vez, pueden ser descritos con la ayuda de un verbo, como, por ejemplo, leer el periódico o redactar una carta.

Si en un determinado momento una persona puede comportarse de forma distinta, entonces ella cuenta con una o más alternativas de comportamiento. El conjunto de alternativas de comportamiento que una persona puede adoptar en un momento determinado puede ser designado como su espacio-de-juego-de-comportamientos en ese momento. Al espacio-de-juego-de-comportamientos de una persona en el momento T pueden pertenecer, por ejemplo, entre otras formas de comportamiento, leer el periódico y redactar una carta.

Pues bien, el concepto de acción se encuentra referido a un espacio-de-juego-de-comportamientos en el sentido anotado anteriormente. Como acción puede ser designado todo comportamiento de una persona respecto del cual dicha persona haya tenido en un determinado momento una alternativa de comportamiento. O, formulado de otra manera, una acción es un comportamiento que descansa en una decisión en contra de al menos una alternativa de comportamiento. Si una persona se enfrenta a la alternativa de leer el periódico o redactar una carta, entonces redactar la carta es (en todo caso también) una decisión en contra de leer el periódico y, en tal medida, una acción. De ahí que toda acción es un comportamiento, mas no todo comportamiento es una acción. Quien duerme profundamente se comporta de una determinada manera pero no actúa, puesto que durante el sueño no puede decidirse por comportamiento alternativo alguno.

2. Con la ayuda de un concepto de acción así determinado, también es posible definir el concepto de omisión. Actuar y omitir tienen por objeto formas de comportamiento bajo una determinada descripción. A este res-

pecto, ambos conceptos se encuentran relacionados entre sí de una manera particular. Quien encontrándose frente a al menos dos alternativas se decide a favor de un comportamiento y, en tal medida, actúa, omite el comportamiento alternativo. De ello se sigue: todo actuar implica una decisión a favor de un omitir y todo omitir implica una decisión a favor de un actuar. Si en una determinada situación leer el periódico y redactar una carta pertenecen al mismo espacio-de-juego-de-comportamientos de una persona, entonces esa persona omite leer el periódico si redacta una carta y viceversa.

Una omisión no es un no-actuar, ni menos un *nullum*, sino un comportamiento que queda caracterizado por la no-adopción de una alternativa de comportamiento. En el caso de la redacción de la carta, la omisión de leer el periódico puede perfectamente ser un comportamiento activo. Luego, una omisión es siempre una omisión en relación con un actuar determinado. No existe una omisión como tal. La omisión de un actuar es una omisión sólo en relación con ese actuar específico, como tal, empero, ella es un actuar.

3. Sobre la base del concepto de espacio-de-juego-de-comportamientos, por una parte, y de las valoraciones con arreglo al valor-del-derecho, por la otra, es posible obtener sin mayor dificultad el concepto de norma de comportamiento. Todas las formas de comportamiento pertenecientes a un mismo espacio-de-juego-de-comportamientos de una persona se dejan valorar con arreglo al valor-del-derecho. Las valoraciones pueden tener distintos resultados, de modo tal que tanto alternativas de comportamiento conformes a derecho como alternativas de comportamiento contrarias a derecho pueden formar parte de un mismo espacio-de-juego-de-comportamientos. Dado que el ordenamiento jurídico no se entiende a sí mismo como una valoración no-vinculante del mundo, sino que el mismo debe ser realizado en la medida de lo posible, se espera de una persona leal al derecho que se decida a favor de una alternativa de comportamiento conforme a derecho. La valoración de las alternativas de un espacio-de-juego-de-comportamientos provee así de razones para la decisión a favor de un comportamiento jurídicamente correcto. Dichas razones a favor de decisiones futuras pueden ser denominadas normas. En función de los resultados que arrojen las valoraciones de las alternativas de un espacio-de-juego-de-comportamientos, las normas se dejan definir como mandatos, prohibiciones y permisos, en los términos del siguiente esquema:

- (i) Si un comportamiento es valorado como conforme a derecho y todos y cada uno de los comportamientos alternativos pertenecientes al espacio-de-juego-de-comportamientos son valorados como contra-

rios a derecho, entonces dicho comportamiento está jurídicamente ordenado.

- (ii) Si un comportamiento es valorado como contrario a derecho y al menos un comportamiento alternativo perteneciente al espacio-de-juego-de-comportamientos es valorado como conforme a derecho, entonces, el primer comportamiento está jurídicamente prohibido.
- (iii) Si un comportamiento es valorado como conforme a derecho, y a su respecto existe al menos un comportamiento alternativo, entonces el primero está jurídicamente permitido.

Entre las tres formas de valoración anteriores existen numerosas relaciones. Así, por ejemplo, un comportamiento ordenado se encuentra también permitido. Dichas relaciones, empero, no necesitan ser consideradas aquí.

Mientras la conformidad a derecho y la contrariedad a derecho constituyen resultados de la valoración de formas de comportamientos que, a su vez, no presuponen la posibilidad de un comportamiento alternativo, los conceptos de prohibición, mandato y permiso, de acuerdo con la definición anterior, se encuentran siempre referidos a una alternativa de comportamiento. En tal medida, las prohibiciones, los mandatos y los permisos presuponen, por necesidad lógica, la existencia de un espacio-de-juego-de-comportamientos que tenga al menos una alternativa de comportamiento que pueda ser adoptada por la persona de cuyo comportamiento se trata.

No obstante, parece adecuado introducir aquí una tercera pareja de conceptos, a saber: la de derecho y deber. Los derechos y los deberes presuponen no sólo la capacidad de adoptar una alternativa de comportamiento, sino además el conocimiento de la valoración jurídica de dicha alternativa de comportamiento. En tal medida, se puede hablar de un derecho cuando una persona, en una situación concreta, puede –tanto fáctica como normativamente– ejecutar una acción que ella reconoce como permitida. Por el contrario, cabe hablar de un deber cuando una persona reconoce que puede y debe ejecutar una acción conforme a derecho en lugar de una alternativa de comportamiento contraria a derecho.

De lo anterior se sigue el siguiente esquema de diferenciación conceptual de juicios referidos a comportamientos:

- i) Todo comportamiento humano puede ser valorado con arreglo al valor del derecho como conforme o contrario a derecho.
- ii) Las prohibiciones, los mandatos y los permisos están referidos a las alternativas pertenecientes a un mismo espacio-de-juego-de-comportamientos y ponen en relación sus respectivas valoraciones entre sí.

iii) Los derechos y los deberes tienen por objeto la capacidad de observancia de permisos o de seguimiento de mandatos y prohibiciones con conocimiento de la valoración de las alternativas de comportamiento.

Esta estructuración diseñada con arreglo a la teoría de las normas lleva implícita una tesis antropológica nada insignificante: el derecho es, por así decirlo, un orden del decidir de manera jurídicamente correcta y, en tal medida, presupone la posibilidad de decidir libremente con arreglo a las valoraciones jurídicas.

Pero aun más: como razones a favor del comportamiento jurídicamente correcto, las normas no sólo presuponen la posibilidad de una decisión libre entre alternativas. Antes bien, una persona enfrentada a alternativas de comportamiento debe decidir. Incluso la pura pasividad contaría como una decisión en contra de la actividad. Todo actuar es inevitablemente una decisión realizada en el comportamiento. Si una persona, ya sea condicionada por la situación en la que se encuentra o por su disposición física o psíquica, no tiene la posibilidad de elegir entre alternativas de comportamiento, entonces ella tampoco puede orientar su comportamiento con arreglo a la medida del derecho. Su comportamiento es así un mero suceso de la naturaleza, el cual no puede ser configurado con la ayuda de normas.

IV. Tercer paso de comprobación: contrariedad a deber y culpabilidad

1. Ahora bien, ¿qué significa afirmar, en relación con una persona, que la posibilidad de decidirse libremente a favor de una determinada alternativa de comportamiento entre varias está sometida al poder de configuración de su voluntad? O, puesto en términos jurídico-penalmente sensibles, ¿cuándo puede reprocharse a una persona el haberse decidido a favor del comportamiento contrario a derecho en lugar del comportamiento conforme a derecho y, con ello, haber infringido su deber? La valoración como tal concierne sólo el comportamiento contrario a derecho; nada dice sobre qué se debe saber y poder para estar en condiciones de actuar de conformidad con el deber. De ahí que junto con el sistema de reglas con arreglo a las cuales las diversas formas de comportamiento han de ser valoradas como conformes o contrarias a derecho, el derecho necesita de otro sistema de reglas, con arreglo al cual sea posible determinar cuáles capacidades son presupuestas por el derecho para el seguimiento de sus normas. Dichas reglas se denominan reglas de imputación.

Para poder seguir una prohibición o un mandato en una situación concreta, una persona debe poseer dos capacidades: capacidad de acción y capacidad de motivación. Para tener capacidad de acción, la persona debe, en primer lugar, disponer del conocimiento necesario para poder concretar el comportamiento y evaluar sus consecuencias, esto es, debe conocer las respectivas relaciones de medio-a-fin. Adicionalmente, debe estar físicamente en condiciones de realizar la respectiva alternativa de comportamiento. A modo de ejemplo: para poder salvar a un individuo de morir por inmersión, una persona debe advertir que alguien se ve en peligro de ahogarse y debe saber cómo es posible salvarlo. Junto a ello, debe poseer las fuerzas necesarias para, por ejemplo, poder sacarlo del agua. En este sentido, la capacidad de acción es una condición necesaria para la fundamentación y la aplicabilidad de una norma de comportamiento.

Para poseer capacidad de motivación, una persona debe estar en condiciones de configurar su voluntad en pos de la realización de la alternativa de comportamiento conforme a derecho y de decidirse en contra de las alternativas concurrentes contrarias a derecho. En el mismo ejemplo anterior: el potencial agente salvador debe saber que le está jurídicamente ordenado sacar del agua a quien se encuentra en peligro de ahogarse, y debe estar en condiciones de preferir, precisamente en virtud de su conformidad a derecho, la acción de salvamento por encima de otras alternativas de comportamiento, como por ejemplo, huir cuanto antes del lugar. En este sentido, la capacidad de motivación es una condición necesaria para la afirmación de un deber o de su quebrantamiento.

2. Si bien la capacidad de acción y la capacidad de motivación están referidas a alternativas de un mismo espacio-de-juego-de-comportamientos, ambas conciernen distintos aspectos de las respectivas formas de comportamiento. La capacidad de acción se refiere a la posibilidad de ejecutar un comportamiento bajo una determinada descripción. Quien pretende injuriar a otro debe estar en condiciones de hablar y debe saber que lo dicho tiene un significado difamatorio. Cumpliéndose dichos requisitos, si el autor efectúa la declaración, entonces actúa antinormativamente.

La capacidad de motivación, en cambio, se encuentra referida a la posibilidad de omitir una acción en virtud de su valoración jurídica negativa y de adoptar, en su lugar, una alternativa de comportamiento jurídicamente valorada de forma positiva. En el ejemplo anterior, el autor debe saber que la expresión difamatoria es contraria a derecho y que, por ende, debe omitirla, por ejemplo, guardando silencio. Además, debe estar en condiciones de efectivamente orientar su comportamiento conforme a la valoración jurídica,

es decir, de conducirse normativamente. Cumpliéndose dichos requisitos, si el autor efectúa la declaración, entonces actúa de modo contrario a deber.

3. Para evitar malentendidos, cabe formular una prevención. Las reflexiones realizadas hasta ahora están referidas al caso básico de un hecho punible en el que el autor actúa dolosamente y con conciencia de la antijuridicidad. Pero el derecho penal hace una excepción, tanto en el caso de la capacidad de acción como en el de la capacidad de motivación, dado que también imputa cuando concurren déficits en el autor, siempre y cuando sea este último quien deba responder por dichos déficits en virtud de su falta de cuidado. A este respecto, las dos reglas de excepción corresponden a la imprudencia, en el caso de la capacidad de acción, y al error de prohibición vencible, en el caso de la capacidad de motivación. Aquí no se profundizará en ellas, puesto que ninguna de las dos afecta las estructuras de imputación aquí bosquejadas.

4. En la ciencia jurídico-penal alemana de los últimos dos siglos, la capacidad de acción y la capacidad de motivación, en el sentido aquí expuesto, siempre han sido entendidas como los dos criterios elementales de imputación jurídico-penal. Ambas corresponden además a los criterios que deben ser satisfechos para que el hecho punible pueda ser entendido como contradicción de una norma. Pues sólo aquel que es capaz de actuar en conformidad con su deber puede ser visto también como una persona cuya falta de reconocimiento de la norma ha de ser tomada en serio. Sin capacidad de ejecutar un comportamiento alternativo conforme a derecho, el comportamiento antijurídico es en cierta medida un proceso de la naturaleza, en ningún caso una desautorización del ordenamiento jurídico.

En contra de lo anterior, hasta el día de hoy es controvertido en la ciencia jurídico-penal cómo han de ser dogmáticamente designados los elementos de la capacidad de acción y capacidad de motivación, y dónde deben ser localizados en la construcción del delito. En ese sentido, la configuración dogmática del hecho punible depende esencialmente de consideraciones prácticas relativas a la aplicación del derecho.

La teoría causalista de la acción –la cual predominó durante la primera mitad del siglo pasado– desarrolló un modelo muy simple de hecho punible por medio del establecimiento de una clara línea de demarcación entre el objeto de la imputación y los criterios de imputación. Objeto de la imputación es el comportamiento objetivamente antijurídico del autor. Esto se da cuando el autor se comporta de manera típica sin encontrarse justificado por algún permiso. Todos los criterios de imputación son reunidos bajo el concepto de culpabilidad. El criterio de imputación central es el dolo, el cual comprende tanto el conocimiento de la realización del tipo –el momento

intelectual de la capacidad de acción— como la conciencia de la antijuridicidad —un elemento de la capacidad de motivación—.

En el modelo causalista del hecho punible, la pregunta de si el autor actuó de modo contrario a deber, es decir, si tuvo la posibilidad de comportarse de conformidad con el derecho en lugar de comportarse de modo contrario a derecho, era una pregunta acerca de la culpabilidad del autor. La respuesta afirmativa a la misma constituía, en las palabras del Tribunal Federal Supremo alemán antes citadas, el “juicio desaprobatorio de culpabilidad”.

Frente a ello, la teoría finalista de la acción —predominante durante la segunda mitad del siglo pasado— propagó un modelo diferenciado de hecho punible. Esto trajo consigo modificaciones en el instrumental conceptual. La teoría finalista separa en la construcción del delito la antinormatividad de la contrariedad a deber, en el sentido en que aquí ha sido definida. La antinormatividad, entendida ahora como “injusto de acción”, es desplazada desde la culpabilidad a lo que vendría a ser un renovado tipo subjetivo. El núcleo del injusto de acción lo componen el saber y el querer del autor referidos a la realización del tipo objetivo. Sólo ese lado subjetivo del hecho es denominado dolo. Por el contrario, la conciencia de la antijuridicidad —decisiva para la capacidad de motivación— subsiste como elemento de la culpabilidad. Un concepto unitario de deber que conecte la capacidad de acción con la de motivación ya no tiene cabida en este sistema de estricta separación de ambas capacidades. Antes bien, el concepto de contrariedad a deber es la mayoría de las veces equiparado en su significado con los conceptos de antinormatividad o de injusto de acción.

En la discusión más reciente, una teoría de orientación hegeliana, cuyo principal defensor es Günther Jakobs, pretende volver a allanar la diferencia entre injusto y culpabilidad. Dicho enfoque, sin embargo, no debería tener éxito, por cuanto el legislador alemán ha reconocido legalmente la posición finalista con la separación del error de tipo, que excluye del dolo, con el error de prohibición, que excluye la culpabilidad.

Por cierto, disputas dogmáticas acerca de la ordenación de los criterios de imputación en la construcción del delito para ámbitos de regulación específicos como, por ejemplo, la doctrina de la intervención delictiva o del error, pueden ser también muy relevantes, pero ellas no tocan la comprensión básica del hecho punible como contradicción de una norma. Punible es un comportamiento si, y sólo si, el mismo puede ser entendido como una declaración de un autor imputable consistente en la negación de la obligatoriedad de una norma. Los requisitos de semejante comprensión del comportamiento del autor son reconocidos en igual medida por todas las

teorías del hecho punible, aun cuando ello tenga lugar con una conceptualización dogmática diferente.

Debate

PREGUNTA: Si el delito y la pena se basan en una comunicación entre el autor y la sociedad, ¿qué rol tiene la víctima del delito según su teoría del delito y de la pena?

KINDHÄUSER: En el derecho penal alemán la víctima tiene un papel muy importante. Sin embargo, considero que esto es un gran error y permítanme explicarles por qué. Cuando tenemos una determinada norma que nos resulta esencial como, por ejemplo, la prohibición de matar, esta norma es válida en diversos ámbitos. Es una norma de la religión, de la moral, del derecho civil y también, desde luego, del derecho penal. La norma es siempre la misma. La diferencia radica tan sólo en frente a quién he de responder si violo la norma. Desde un punto de vista religioso, la prohibición de matar incluida en los diez mandamientos, deriva en primer lugar de Dios mismo y por ello, en segundo lugar, debo responder ante Él si hago caso omiso de esta prohibición. De ahí que haya una correspondencia entre los criterios de imputación con el tipo de sanción y que esto, a su vez, dependa estrechamente de aquel frente a quien estoy obligado por la norma. Tomemos ahora la misma prohibición pero en el ámbito de la moral. Si soy un kantiano estoy obligado ante mí mismo en cuanto ser racional. Me corrompo a mí mismo como ser moral al quebrantar esta prohibición. Consideremos ahora la misma norma como una prohibición del derecho civil, que tiene a su cargo la coordinación de los intereses de los ciudadanos. Cuando alguien lesiona los intereses de otra persona, entonces, desde el punto de vista del derecho civil debe resarcir al damnificado, compensando a los hijos o familiares por el daño cometido con la violación de la norma. Y aquí se ve claramente que aquel frente al cual debo responder es el damnificado mismo. Por tanto, la víctima tiene un rol central en el derecho civil. Por último, la prohibición de matar también está incluida en el derecho penal, y allí es el Estado en tanto universalidad o generalidad organizada ante quien debo responder. No se trata de una persona individual frente a la cual estoy obligado, sino frente al Estado, frente a la universalidad o generalidad organizada. Por ello, puede ocurrir que en un mismo hecho la víctima renuncie a recibir una compensación en el marco del derecho civil, pero que no obstante el autor reciba una pena en el marco del derecho penal. Esto explica también por qué si

alguien que está falleciendo solicita que le quiten la vida, el derecho penal ha de reaccionar penando de todas maneras si la norma es quebrantada. En el derecho civil uno puede disponer de sus derechos; en el ámbito penal, no. Y ahora mi respuesta a la pregunta acerca de qué rol juega la víctima en el proceso penal se cae de madura: absolutamente ninguno. Porque estamos obligados con el Estado, es decir, con la universalidad o generalidad organizada. Ahora bien, puede suceder, y esto es una cuestión práctica, que la pretensión civil confluya con la pretensión penal, es decir, que la víctima lleve su reclamo civil ante el fuero penal. Pero esta es una cuestión práctica y técnica. En todo caso, no tiene que ver con la distinción necesaria entre los ámbitos. Lamentablemente, esta distinción es tenida cada vez menos en cuenta por el legislador en Alemania, que confunde los ámbitos dándole un protagonismo creciente a la víctima en el proceso penal. Así hacemos cada vez más derecho civil en el ámbito penal. Y esto puede llegar a vulnerar el principio inquisitivo que tiene lugar por medio de los jueces penales en nuestra tradición. Eventualmente, también podría darse por medio de las partes, como ocurre en el derecho penal anglo-americano, claro, pero no es válido para nosotros.

PREGUNTA: ¿Cómo responde el Estado ante la comisión de un hecho punible cuando el autor no tiene capacidad económica para reparar el daño causado a la víctima o a su familia?

KINDHÄUSER: En este caso creo que hay que separar dos niveles. El proceso penal no conoce de reparación del daño a la víctima. Aquí, si el autor debe reparar el daño a la víctima, o no, no juega ningún rol. Aquí las sanciones son penas privativas de la libertad o penas dinerarias. Y si el autor no puede pagar, entonces debe ir a prisión. Ahora bien, visto desde la perspectiva del derecho civil, el autor debe indemnizar a la víctima. Y si no tiene medios económicos suficientes, el derecho civil conoce algunos mecanismos, como el de la confiscación de parte del salario, por ejemplo, para que ello suceda. Obviamente, hay veces en que la desproporción entre lo que gana el autor y el daño cometido es tan enorme que con ello no basta para compensar a la víctima. Por ello, en Alemania hay una organización privada que se denomina “El anillo blanco” y que busca, en lo posible, compensar a las víctimas por los daños percibidos. Por supuesto, esto no es suficiente, pues sólo en algunos casos es posible acudir a esta organización de ayuda social.

PREGUNTA: ¿Qué justifica desde la perspectiva de un modelo comunicativo del hecho punible la disminución de la pena en el caso de tentativa?

KINDHÄUSER: En sentido estricto no hay ninguna diferencia racional. La tentativa no se distingue de la consumación en relación con los criterios para la imputación. La tentativa exige tanto como la consumación que se hayan cumplido todos los criterios para la imputación. Desde el punto de vista de la imputación, no hay ninguna diferencia entre la tentativa y el delito consumado. Si alguien dispara y le pega a la víctima en la cabeza o la bala pasa por al lado es indistinto desde la perspectiva de la imputación. La única diferencia radica en que para el caso de la tentativa objetivamente algo no sucedió como el autor quiso que sucediera. Y considero que tenemos un principio general para la imputación que afirma que si algo sale mal no es tan grave como si sale bien. Por ejemplo, alguien quiere pintar algo hermoso y le sale bastante feo, entonces, al ver la pintura no la valoramos tanto por más que el propósito haya sido bueno. ¿Cuál es, entonces, la diferencia entre Miguel Ángel y yo? ¡Él puede hacerlo mejor! Por supuesto que todo esto depende siempre de la vida social, y en el derecho penal alemán distinguimos cuando alguien busca producir un resultado con medios totalmente inidóneos. En este caso, tampoco lo consideramos una tentativa. Por ejemplo, si alguien hace una marioneta y la entierra diciendo que es su abuelo y así le va a causar la muerte. Esta acción no nos permite tomar en serio a la persona del autor. Ahora bien, cuando alguien busca matar a alguien con medios también inidóneos pero que en determinadas circunstancias podría haber causado el resultado deseado, es decir, cuando no es incompatible con las cadenas causales de este mundo, el derecho penal alemán tampoco admite tomarlo completamente en serio, aunque sí un poco. Y reacciona con la prescindencia de la pena o bien con penas muy bajas. Luego están los casos en los que sólo la casualidad impide el resultado. Por ejemplo, cuando se le dispara a una persona que está durmiendo y ha muerto cinco minutos antes de recibir el disparo. En ese caso, el derecho penal alemán permite la imposición de penas idénticas a las que prevé para los delitos consumados. Pero los jueces no lo hacen pese a que el legislador lo admite. Y creo que la razón por la que no lo hacen es que creen que algo ha salido mal y el resultado no es tan terrible como en caso de haber salido todo bien. Al respecto, vale la pena recordar cierta anécdota referida a una discusión en el seno de la escuela de Bonn. Armin Kaufmann, discípulo de Welzel, era de la idea de que el resultado no tiene ningún significado en relación con la punibilidad. Y en cierta ocasión, Welzel le respondió: “¡Pero señor Kaufmann, hay un homicidio y ningún cadáver!”. Visto desde un punto de vista histórico, los tipos penales objetivos que hoy conocemos son una invención que tiene poco más de cien años. En los tiempos previos a Feuerbach, el tipo estaba

íntimamente vinculado con el *corpus delicti*, sin el cual no era posible iniciar ningún proceso penal.

PREGUNTA: Según usted mencionó antes, desde un punto de vista religioso debo responder por mi conducta ante Dios; desde un punto de vista moral, ante mí mismo o ante la razón; y desde un punto de vista jurídico, ante el Estado. Si vivo en un Estado en el que mi conducta es fiel al derecho, ¿es posible que luego esta misma conducta sea juzgada como antijurídica por otros Estados, tal como pasó en los juicios de Núrnberg o luego con Eichmann? ¿Dónde estaría allí el error en la comunicación?

KINDHÄUSER: Es un problema difícil. Hay que distinguir tres situaciones diferentes, al menos desde la perspectiva alemana. En primer lugar, cuando la República Democrática Alemana colapsó, hubo muchos hechos punibles que tanto antes como después estaban prohibidos según la validez de las normas en ese país, como es el caso de los disparos en el muro de Berlín. Pero el autor podía contar con que no tendría que responder por sus acciones aunque formalmente estuvieran prohibidas. La República Democrática Alemana había firmado varios tratados internacionales en los que se obligaba a perseguir penalmente esas conductas, pero de hecho no lo hizo. Por tanto, era correcto desde el punto de vista normativo, sólo que los afectados no tenían ningún temor de ser alcanzados por la ley. Y después del colapso de ese país hubo en Alemania una enorme discusión acerca de si la certeza de la no validez fáctica de estas normas debía ser considerada ya como una justificación para no acatar la norma o no. Y la gran mayoría los jueces coincidieron en que no y, por supuesto, también los tribunales fallaron que la no validez fáctica no justificaba el incumplimiento de la norma, es decir, que los hechos punibles tanto antes como después debían ser perseguidos penalmente. Otra situación es la de la época del nacionalsocialismo en Alemania. Allí había determinadas leyes que permitían, como en el caso de las leyes raciales, atropellar los derechos de grupos de individuos. Aquí no se trata de un problema sólo fáctico sino normativo. Después de la Segunda Guerra Mundial hubo al respecto dos visiones predominantes. Una visión fue la del filósofo del derecho británico Herbert Hart, según la cual en una situación como la del régimen nazi en la que las leyes eran extremadamente injustas estaba permitido no acatarlas por razones morales, aunque su seguimiento se ajustaba a derecho. Para Radbruch, quien fue ministro de justicia antes del régimen nazi y el primer profesor alemán en perder su puesto al llegar los nazis al poder, el derecho, para ser derecho, debía poseer un contenido mínimo de justicia, esto se conoce como la fórmula de Radbruch. Por tanto, cuando una ley carece de dicho contenido y uno percibe inmediatamente

su carácter evidentemente injusto, esa ley no podía ser considerada derecho por más que haya sido sancionada conforme a los mecanismos formales vigentes. Y entonces no podía justificar nada. En este sentido, tampoco es problemático juzgar a quienes las hayan acatado. En tercer lugar, está el caso de la gente que fue juzgada en Nürnberg tras la guerra, sea que hayan creído que su comportamiento estaba justificado o no. Se trata de la gente que había instaurado todo el sistema y, por tanto, no podían ser juzgados bajo sus propias leyes. En un caso como éste no tiene lugar un proceso penal contra quienes idearon y llevaron adelante un sistema completo que viola los derechos humanos más elementales, sino que se trata de un juicio político contra los responsables de la conducción de este sistema. Por supuesto, no se trata de ciudadanos comunes que pueden encontrar justificación para su comportamiento. Nadie puede imaginarse que una persona como Hitler, si es que hubiera comparecido en este juicio, hubiera justificado su comportamiento diciendo que él respondía a las leyes del III Reich.

PREGUNTA: Quisiera saber si previo al análisis de la antijuridicidad de un hecho punible tiene lugar en su teoría la distinción entre derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo en el sentido de Jakobs.

KINDHÄUSER: Quisiera decir que en Alemania, con la excepción de Jakobs, nadie sabe qué es el derecho penal del enemigo. El concepto de enemigo fue introducido en una jornada partidaria de la ex República Democrática Alemana diciendo que los enemigos de la República debían ser penados de otra manera que los ciudadanos. Y luego, es una terminología que proviene de la teoría política de Carl Schmitt, asociada al nacionalsocialismo. Por tanto, cómo el derecho penal del enemigo ha de insertarse en la teoría del delito es algo que desconocemos. Por eso es que no puedo responder a su pregunta. Sólo puedo decirle que personalmente he discutido esto con él amigablemente en Bonn, y no tan amigablemente también, tenemos una muy buena relación de más de treinta años y lo valoro muchísimo como colega pese a nuestras discusiones sobre este punto. Mi respuesta sería: olvídese del derecho penal del enemigo. En cinco años ya nadie más sabrá de qué se trata. Incluso ahora nadie lo sabe.