

Liberalismo, punibilidad y consentimiento

La filosofía jurídico-penal de Carlos Santiago Nino

Sumario

-

El artículo revisa los aspectos centrales del programa de filosofía del derecho penal que es posible extraer de la obra de Carlos Nino. El foco queda puesto en tres problemas fundamentales, a saber: el basamento ético-discursivo de los principios de justificación de la punición; la función de lo que Nino llama el “principio de enantiotelidad” como un criterio de derrotabilidad de las normas cuya aplicación incide en la fundamentación de la punibilidad; y la conexión que cabe identificar entre el marcado antirretribucionismo de Nino y su negación de que el derecho se corresponda con un dominio normativamente autónomo. El análisis de la argumentación de Nino vuelve reconocibles algunas implicaciones sobresalientes de su compromiso con la doctrina política del liberalismo.

Abstract

-

The article reviews the central aspects of the program of a philosophy of criminal law that can be drawn from the work of Carlos Nino. The focus is placed on three fundamental problems, namely: the ethical-discursive basis of the principles for the justification of punishment; the function of what Nino calls the “principle of enantiotelity” as a defeasibility criterion of the norms the application of which affects the foundation of criminal liability; and the connection that can be identified between Nino’s marked anti-retributivism and his denial that law corresponds to a normatively autonomous domain. The analysis of Nino’s argumentation makes recognizable some salient implications of his commitment to the political doctrine of liberalism.

Zusammenfassung

-

Der vorliegende Beitrag stellt einen Überblick über die zentralen Aspekte des strafrechtsphilosophischen Programms dar, das sich aus dem Werk Carlos Ninos ableiten lässt. Drei grundlegende Probleme stehen im Mittelpunkt, nämlich: die diskursetische Fundierung der Prinzipien, welche die Bestrafung rechtfertigen; die Funktion dessen, was Nino „Prinzip der Enantiotelität“ nennt, als Kriterium der »defeasibility« derjenigen Normen, deren Anwendung die Begründung der Strafbarkeit betrifft; und der Zusammenhang, der zwischen Ninos ausgeprägtem Anti-Retributionismus und seiner Leugnung, dass das Recht einem normativ autonomen Bereich entspricht, sich identifizieren lässt. Die Analyse der Argumentation Ninos lässt einige hervorstechende Implikationen seines Engagements für die politische Doktrin des Liberalismus erkennen.

Title: Liberalism, liability to punishment, and consent. Carlos Santiago Nino’s philosophy of criminal law

Titel: Liberalismus, Strafbarkeit und Einwilligung. Carlos Santiago Ninos Philosophie des Strafrechts

-

Palabras clave: Carlos Nino, ética del discurso, antiperfeccionismo, enantiotelidad, unidad del razonamiento práctico

Keywords: Carlos Nino, discourse ethics, anti-perfectionism, enantiotelity, unity of practical reason

Stichworte: Carlos Nino, Diskursethik, Antiperfektionismus, Enantiotelität, Einheit der praktischen Rationalität

-

DOI: 10.31009/InDret.2024.i2.07

-

2.2024

Recepción
31/08/2023

-

Aceptación
21/12/2023

-

Índice

-

1. *Nino como filósofo del derecho penal*
2. *La estrategia de fundamentación «ético-discursiva» de las condiciones de legitimación de la punición estatal*
 - 2.1. La derivación de los principios liberales de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona
 - 2.2. El principio de protección prudencial de la sociedad y el problema de la causalidad de la omisión
 - 2.3. El principio de intersubjetividad del derecho penal contra el paternalismo y el perfeccionismo *qua* fundamentos de criminalización y punición
 - 2.4. El principio de asunción de la pena como criterio de justificación distributiva de la punición
3. *¿La antijuridicidad como «enantiotelidad»?*
 - 3.1. El principio de enantiotelidad como premisa general de derrotabilidad
 - 3.2. *¿Normas de enantiotelidad?*
4. *Antirretribucionismo, autoridad del derecho y democracia*
 - 4.1. La negación de la normatividad jurídica
 - 4.2. La producción democrática del derecho como precondition de la legitimidad de la reafirmación punitiva de su autoridad
 - 4.3. La tensión entre liberalismo y democracia
5. *Bibliografía*

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Nino como filósofo del derecho penal*

El 29 de agosto de 2023 se cumplieron tres décadas desde el fallecimiento de Carlos Santiago Nino. Pocos juristas latinoamericanos pueden resistir aiosamente la comparación con él, al menos cuando ponemos el foco en la vastedad de su obra, en la diversidad de sus intereses teóricos e intelectuales, así como en la profundidad y significación de su legado¹. Pues NINO estuvo lejos de ser, solamente, un teórico del derecho penal. Si tenemos a la vista su producción bibliográfica, nos encontramos con monografías dedicadas a problemas de metaética y de ética normativa², a la defensa de una concepción epistémica de la democracia³, a la fundamentación ético-discursiva de los derechos humanos⁴, a la filosofía analítica de la acción⁵, así como a la teoría general del derecho, figurando en este último acápite trabajos referidos a la teoría de los sistemas jurídicos⁶, al problema de la obligatoriedad del derecho⁷, y a la metodología de la ciencia jurídica⁸.

Pero que NINO haya sido mucho más que un teórico del derecho penal ciertamente no pone en cuestión que él sí haya hecho de la teorización del derecho penal uno de sus ámbitos más sobresalientes de preocupación filosófica⁹. De ello encontramos una muestra suficientemente elocuente en su fundamental monografía *Los Límites de la Responsabilidad Penal*, de 1980¹⁰, pero también en su temprano libro dedicado a la dogmática de los concursos de delitos¹¹, en su estudio monográfico del fundamento de la legítima defensa¹², así como en varios artículos y ensayos

* Autor de contacto: Juan Pablo Mañalich Raffo (jpmanalich@derecho.uchile.cl). Agradezco a Manuel Martínez Ossa, ayudante *ad honorem* del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, por su colaboración editorial con la preparación del índice bibliográfico.

¹ Ello es acertadamente resaltado por MALEM SEÑA, «In Memoriam: Carlos Santiago Nino. Apuntes bio-bibliográficos», *Derechos y libertades*, (2-3), 1994, pp. 18 ss.

² NINO, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., 1989, pp. 49 ss., 92 ss., 199 ss.

³ NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, 1997, *passim*.

⁴ NINO, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., 1989, pp. 11 ss.; véase también NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, Gedisa, 2008, pp. 25 ss.

⁵ NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, 1987, *passim*.

⁶ NINO, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., 2003, *passim*.

⁷ NINO, *La validez del derecho*, 2000, *passim*.

⁸ NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, 1989, *passim*; también NINO, *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, 2ª ed., 1993, *passim*.

⁹ Ello, con independencia de que se sostenga o no el (lapidario) juicio de BEADE en cuanto a que «[s]u influencia teórica en el derecho penal argentino es prácticamente nula»; así, BEADE, *Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del Derecho Penal*, 2017, p. 69. Para una presentación selectiva, pero informativa, de algunos de los lineamientos principales de la obra jurídico-penal de NINO, en referencia inmediata a su artículo «Subjetivismo y objetivismo en Derecho Penal» —incluido en NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 65 ss.—, véase TORRES ORTEGA, «Subjetivismo y objetivismo en el derecho penal según Carlos Santiago Nino», *Ciencia Jurídica*, (3-5), 2014, *passim*.

¹⁰ Se trata de la traducción al castellano —producida por Guillermo Rafael Navarro— de la tesis doctoral que NINO defendiera en la Universidad de Oxford con el título «Towards a General Strategy for Criminal Law Adjudication», y que fuera sucesivamente supervisada, según NINO informa en el prólogo, por FINNIS y HONORÉ. Para una contextualización, véase GARGARELLA, *Castigar al prójimo*, 2016, pp. 127 ss., 147 ss.

¹¹ NINO, *El concurso en el derecho penal*, 1972, *passim*.

¹² NINO, *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, 2005, *passim*.

dedicados a problemas de la filosofía y la dogmática del derecho penal, buena parte de los cuales se encuentra recogida en el volumen *Fundamentos de Derecho Penal*¹³.

Sin embargo, no sólo es sobresaliente que Carlos Nino haya logrado, en una sola vida (abruptamente extinguida), poner su talento al servicio de tan vasta gama de intereses teóricos, sino también que él haya sido, al mismo tiempo, capaz de integrar los niveles de discurso correspondientes a esos diferentes focos de preocupación intelectual. Paradigmático de esa integración resulta ser su libro *Juicio al mal absoluto*, dedicado al difícil problema de la justicia transicional o —en sus palabras— «justicia retroactiva», en referencia inmediata a la experiencia argentina, en la cual a él cupiera un rol protagónico como asesor del presidente Raúl Alfonsín¹⁴.

Pero si en *Juicio al mal absoluto* encontramos una condensación de buena parte de las preocupaciones de teorización del derecho penal que NINO logró vincular con variadas disquisiciones iusfilosóficas, es en *Los límites de la responsabilidad penal* donde su particular aproximación a la elucidación filosófica de los presupuestos de la responsabilidad jurídico-penal recibe su presentación más exhaustiva, cuyos lineamientos centrales aparecen ulteriormente desarrollados tanto en su monografía dedicada a la filosofía y la dogmática de la legítima defensa como en algunas de las contribuciones póstumamente compiladas en su *Fundamentos de derecho penal*¹⁵. En lo que sigue se ofrecerá una reconstrucción crítica de los aspectos más sobresalientes de esa aproximación, a través de lo cual se buscará destacar un rasgo de su obra que convierte a NINO en un pensador del todo singular en el concierto hispanoamericano, y que consiste en la contundencia con la que él demostró ser capaz de diferenciar el plano metodológico del plano propiamente teórico en su análisis de los problemas de los que llegó a ocuparse.

2. La estrategia de fundamentación «ético-discursiva» de las condiciones de legitimación de la punición estatal

2.1. La derivación de los principios liberales de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona

En su trabajo «La derivación de los principios de responsabilidad penal de los fundamentos de los derechos humanos», NINO acomete la tarea de

«mostrar cómo los principios básicos para asignar responsabilidad penal que defendí en *Los límites de la responsabilidad penal* derivan de los principios que, sugerí en *Ética y derechos humanos*, generan derechos humanos fundamentales»¹⁶.

¹³ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, *passim*.

¹⁴ Véase NINO, *Juicio al mal absoluto*, 2ª ed., 2015, pp. 13 ss. (donde figura un prólogo escrito por el ex presidente ALFONSÍN). Sobre el papel jugado por NINO a este respecto, véase MALEM SEÑA, *Derechos y libertades*(2-3), 1994, pp. 36 ss.

¹⁵ Uno de los ámbitos de elaboración teórica tratados en esas dos monografías, y al cual NINO dedicara el primero de sus libros, es el de la dogmática de los concursos de hechos punibles. Véase NINO, *El concurso en el derecho penal*, 1972, *passim*; NINO, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, 1980, pp. 440 ss.; y NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 231 ss. Un aspecto sobresaliente de su atención por este problema consiste en su aprovechamiento del instrumental provisto por la filosofía analítica de la acción, lo cual queda documentado en su propia reseña de la discusión filosófica relativa a la pregunta por «la individualización de las acciones»; véase NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, 1987, pp. 45 ss.

¹⁶ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 25.

La estrategia a través de la cual NINO pretende sustentar esa derivación admite ser caracterizada como de índole *ético-discursiva*. Pues, como él mismo lo hace explícito, «los principios que definen una concepción liberal de la sociedad, cuyo centro es el reconocimiento de derechos individuales básicos», a partir de los cuales sería posible derivar los «principios básicos para asignar responsabilidad penal», se distinguirían por poder «ser defendidos sobre la base de su conexión con rasgos estructurales y presupuestos de la discusión moral»¹⁷. Y esta última, a su vez, tendría que ser entendida «como una práctica social destinada a obtener convergencia en acciones y actitudes en virtud de un consenso reflexivo sobre la validez de ciertos juicios normativos»¹⁸. En tal medida, se trata de una estrategia que se descompone en dos pasos sucesivos, a saber: el consistente en identificar los principios que definen una concepción liberal de la sociedad; y el consistente en extraer de estos algún conjunto de principios para la fundamentación de la responsabilidad jurídico-penal.

Pero en contraste con la variante más conocida de una estrategia ético-discursiva para la obtención de principios capaces de servir como premisas de legitimación de reglas e instituciones jurídicas, que es la de HABERMAS¹⁹, la variante presentada por NINO se distingue por el hecho de que los principios de legitimación así obtenidos no tendrían carácter procedimental, sino sustantivo. En otras palabras: a diferencia de HABERMAS, NINO piensa que, a través de la identificación de los presupuestos normativos de racionalidad que serían inmanentes a la discusión moral como tal, sería posible identificar algunos principios directamente concernientes a cómo debería quedar regulada la interacción entre personas que comparten la forma de vida especificada a través de una «concepción liberal de la sociedad», y no meramente un arreglo procedimental para la generación institucional de normas que puedan regular esa interacción. En tal medida, se trata de una estrategia que se vale, *directamente*, de una argumentación «pragmático-trascendental».

Lo anterior queda de manifiesto en el catálogo de principios que definen semejante concepción liberal de la sociedad, que NINO enuncia en ese mismo contexto, a saber: (1) el principio de la autonomía de la persona, (2) el principio de la inviolabilidad de la persona, y (3) el principio de la dignidad de la persona²⁰. Para comprender la muy original estrategia de fundamentación filosófica de un modelo de derecho penal liberal delineada por NINO, es importante reconstruir, siquiera sumariamente, la argumentación a través de la cual él persigue sustentar cada uno de esos tres principios²¹. Según el principio de la *autonomía de la persona*,

«la libre elección y materialización de ideales de excelencia personal o de concepciones de lo bueno es intrínsecamente valiosa y, por lo tanto, debe ser promovida y no interferida por otros individuos»²².

¹⁷ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 25.

¹⁸ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 25.

¹⁹ Véase HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 1994, pp. 109 ss., 166 ss.; al respecto, y pormenorizadamente, DE LA VEGA MARTINIS, *Transparenz und Undurchsichtigkeit*, 2016, pp. 47 ss., 65 ss. NINO se ocupa, incidentalmente, de la estrategia habermasiana a propósito del análisis de su particular concepción discursiva de la democracia; véase NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, 1997, pp. 157 ss. Para un contraste de las formas de «constructivismo ético» sustentadas por HABERMAS y por NINO, desde el punto de vista adoptado por este último, véase MALEM SEÑA, *Derechos y libertades*, (2-3), 1994, pp. 25 ss.

²⁰ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 25 ss., 28 ss., 31 ss.

²¹ Al respecto, véase la síntesis ofrecida en MALEM SEÑA, *Derechos y libertades*, (2-3), 1994, pp. 28 ss.

²² NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 25 ss.

NINO piensa que este principio se obtendría de la «norma básica del discurso moral», que él reconduce a la filosofía moral kantiana y con arreglo a la cual «la aceptación genuina de un principio moral debe estar libre de toda presión originada en la coerción, la autoridad o aun en los propios deseos»²³. Que la postulación del principio de la autonomía personal a partir de esta invocación de una pretendida norma básica del discurso moral satisfaga la noción de una *derivación*, no es algo que pueda ser analizado pormenorizadamente aquí. Más importante es advertir qué consecuencias cabría extraer, preliminarmente, de la obtención —por más oscuro que sea el proceder desplegado para ello— de ese principio. De acuerdo con NINO, sería imprescindible diferenciar la manera en que ese principio opera en relación con cada una de las dos dimensiones de la moral, a saber: «la moral pública, intersubjetiva o social, que valora las acciones por sus efectos en otra gente», por un lado, y la moral personal o privada, «que valora las acciones por sus efectos en el propio agente» y que como tal concerniría a «los ideales de excelencia humana o [a] las concepciones de una buena vida», por otro²⁴.

La diferente operatividad del principio de autonomía personal en una y otra dimensión moral tendría la consecuencia siguiente: mientras que en el plano de la moral pública —esto es: *interpersonal*— cabría tratar la autonomía como un «valor agregativo», de manera tal que «el balance entre la autonomía que se pierde y la que se gana imponiendo ciertas pautas intersubjetivas de conducta, deberá hacerse en forma cuantitativa»²⁵, en el plano de la moral individual —esto es: *intrapersonal*—, por el contrario, «la elección y materialización por parte de un individuo de un plan de vida [...] no puede objetarse bajo el pretexto de que afecta su propia autonomía», de lo cual resultaría que «imponer coactivamente o por algún otro medio de presión un ideal de vida o de excelencia personal implica una pérdida neta de autonomía»²⁶.

Esto último se traduciría en un rechazo, por principio, de toda forma de *perfeccionismo*, entendido como un postulado que formaría parte de «una concepción totalitaria de la sociedad» —que para NINO sería equivalente a una concepción antiliberal de la sociedad—, según el cual sería «misión del Estado, de la sociedad en su conjunto o de los individuos que conocen los verdaderos ideales de vida, imponerlos a los demás, aunque ello involucre un desmedro neto de su autonomía»²⁷. Pero sería ciertamente un error concluir sin más que, con base en lo anterior, para NINO sería aceptable la compensación de magnitudes de autonomía personal en situaciones de conflicto interpersonal. Ello desconocería que, junto con el ya referido principio de la autonomía de la persona, de los presupuestos normativos de la discusión moral también cabría «derivar» un principio de la *inviolabilidad de la persona*, bajo el cual, según la primera formulación ofrecida por NINO, «la autonomía de ningún individuo puede ser disminuida [...] por la sola razón de que ello redund[e] en algún beneficio para otros individuos o para alguna entidad supraindividual»²⁸.

²³ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 26.

²⁴ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 26.

²⁵ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 26 ss.

²⁶ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 27.

²⁷ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 27 ss., observando que el perfeccionismo tendría que ser distinguido del paternalismo, el cual sí resultaría compatible con el principio de la autonomía personal, en cuanto favorecería el impedimento, aun coercitivo, de «que los individuos (por error, compulsión, debilidad de la voluntad o deficiente coordinación con otros) perjudiquen su propia autonomía». Críticamente al respecto, *infra*, 2.3.

²⁸ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 28.

Lo anterior fundamenta una restricción de la admisibilidad de que un menoscabo de la autonomía de alguna persona resulte compensado por el incremento de la autonomía de una o más personas diferentes. Esto explica el rechazo que NINO tempranamente manifestara hacia los esquemas de distribución de la imposición de medidas coactivas que se seguirían de la adopción irrestricta del principio de utilidad. Pues, como él observara citando a RAWLS, «[e]l utilitarismo no toma en serio la distinción entre personas»²⁹. Y también aquí pretende NINO identificar un presupuesto del discurso moral como basamento para el principio en cuestión, que consistiría en que, «si las decisiones de los individuos son [...] una materia prima básica del discurso moral, [entonces] ello parece implicar una cierta idea de separabilidad», dado que sólo fijando la identidad de quien toma una decisión cabría determinar el alcance de esta³⁰. El rechazo del principio de inviolabilidad de la persona sería definitorio del «holismo» propio de una concepción totalitaria de la sociedad, del cual el «colectivismo» sería una especie³¹.

Pero NINO no deja de advertir que, así entendido, el principio de inviolabilidad de la persona resulta compatible tanto con lo que él denomina un «liberalismo clásico o conservador», por un lado, como con la forma de «liberalismo igualitario» por él favorecida, por otro³². El liberalismo clásico no tendría mayor dificultad para dar cabida al principio de inviolabilidad según la formulación ya ofrecida de este, en virtud de su compromiso con el postulado de una valoración asimétrica de la omisión frente a la acción, que arrojaría que «sólo el comportamiento activo es fuente de violaciones de derechos»³³. En contraste con ello, el liberalismo igualitario, en cuanto rechazaría «la existencia de una distinción esencial entre acción y omisión», exigiría someter el principio de inviolabilidad a la siguiente reformulación: «no es permisible menoscabar la autonomía de una persona si ello la coloca en una situación de menor autonomía relativa que la de otra»³⁴. Así reformulado el principio, su combinación con el principio de autonomía resultaría en una exigencia «de incrementar la autonomía de los individuos en todos los casos en que esto no implique colocar a otros individuos en una situación de menor autonomía relativa»³⁵.

Con todo, todavía sería necesario complementar los dos principios así obtenidos con uno ulterior, que NINO tematiza como el principio de la *dignidad de la persona* y cuya función sería hacer «permisibles las limitaciones a la autonomía cuando son voluntarias o consentidas por el afectado»³⁶. Esto equivaldría a posibilitar un «manejo dinámico» de las posiciones jurídicas que ocupan los individuos, en el sentido de que el despliegue de la agencia de estos sea reconocida como criterio para la generación y la transformación de sus «deberes y responsabilidades», y cuya antítesis estaría constituida por lo que NINO denomina un «determinismo normativo». Este último postulado también sería ínsito a una concepción totalitaria de la sociedad, y consistiría en el desconocimiento de la incidencia normativamente transformadora que pueden tener «las decisiones y las acciones voluntarias», en virtud de su determinación causal³⁷.

²⁹ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 221.

³⁰ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 29.

³¹ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 29.

³² NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 29 ss. Sobre esto, véase BEADE, *Inculpación y castigo*, 2017, pp. 75 ss.

³³ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 30.

³⁴ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 30.

³⁵ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 30.

³⁶ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 31.

³⁷ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 31.

No estaría de más observar que, en la detección de la falacia naturalista en la que incurrirían los defensores de semejante «determinismo normativista», emerge un aspecto central de la forma de compatibilismo que NINO articula para enfrentar el «problema del libre albedrío»³⁸. Aquí interesa, empero, considerar la base que NINO aduce para «derivar» el principio de dignidad de la persona de los presupuestos de racionalidad de la discusión moral, a saber: que «la participación genuina en esa práctica implica tomar seriamente la decisión de la gente de adoptar ciertos principios morales para guiar su conducta y de comprometerse a actuar sobre la base de esos principios»³⁹. Ello sería inconsistente con desconocer la significación las decisiones que las personas adoptan desde el punto de vista de las consecuencias normativas que a ellas pueda atribuirse.

La identificación de estos tres principios estructurantes de una moralidad liberal, que NINO pretende haber obtenido a través de la estrategia de fundamentación ético-discursiva precedentemente analizada, tendría que sustentar la enunciación de sendos principios de legitimación de la intervención penal del Estado, o más precisamente: de tres «principios generales que deberían integrar la base normativa de una teoría para la adjudicación de responsabilidad penal»⁴⁰. Estos principios serían: (1) el principio de protección prudencial de la sociedad; (2) el principio de intersubjetividad del derecho penal; y (3) el principio de asunción de la pena⁴¹. A la fundamentación de estos tres principios, así como a la explicitación de sus implicaciones más significativas, NINO dedica los capítulos III y IV de *Los límites de la responsabilidad penal*⁴².

2.2. El principio de protección prudencial de la sociedad y el problema de la causalidad de la omisión

NINO introduce el principio de *protección prudencial de la sociedad* como uno que se apoyaría inmediatamente en el principio de autonomía de la persona. A pesar de que, *ex definitione*, «la pena coarta la autonomía», el valor de esta podría proveer una razón para la conminación, la imposición y la ejecución de penas, en la medida en que estas acciones estatales «redund[e]n en la preservación de una mayor autonomía»⁴³. Que, según ya se observara, NINO asuma que la implementación del principio de autonomía personal sería compatible con una forma de racionalidad agregativa —en sus palabras: «cuantitativa»—, explica que él haga depender la justificación de la intervención penal del Estado de que ello resulte en la evitación de «una disminución neta de la autonomía disponible en el conjunto social»⁴⁴.

Según NINO, los criterios de cuya satisfacción dependería que la intervención penal se adecue al principio de protección prudencial de la sociedad admitirían ser identificados con «los tres clásicos requisitos del estado de necesidad justificante» (en el sentido del estado de necesidad *agresivo*), lo cual daría lugar a las exigencias siguientes:

³⁸ Véase NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 351 ss.; más sucintamente, NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 103 ss.

³⁹ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 31.

⁴⁰ Esta última es la formulación favorecida en NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 197.

⁴¹ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 31 ss.

⁴² Véase NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 197 ss., 269 ss.

⁴³ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 32.

⁴⁴ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 32.

«1) que el perjuicio que se procura evitar sea mayor que el que se causa; 2) que la pena sea efectiva para evitar esos perjuicios; y 3) que sea necesaria en el sentido de que no haya una medida más económica en términos de daño social que sea igualmente efectiva»⁴⁵.

Lo anterior quiere decir que, para NINO, la legitimidad de la intervención penal bajo el principio de protección prudencial de la sociedad dependería de que aquella satisfaga una exigencia de proporcionalidad en sentido estricto —esto es, de «economía»⁴⁶—, consistente en un requisito de evitación «del mal mayor»; una exigencia de aptitud, entendida como un requisito de adecuación instrumental; y una exigencia de necesidad (o «subsidiariedad»). El resultado así alcanzado es enteramente equivalente al «triple test» en el que se desglosaría la aplicación del principio general de proporcionalidad en la evaluación de la justificación constitucional de una determinada regulación penal⁴⁷. Esto sugiere que la falta de carácter concluyente que distingue a la aplicación de este último parámetro tendría que afectar, por igual, al principio postulado por NINO⁴⁸.

Aunque este no lo hace enteramente explícito, la sugerencia de que la operatividad del principio de protección prudencial de la sociedad descansaría en una forma de «aritmética moral» usualmente asociada al utilitarismo contribuye a explicar la convincente problematización a la que NINO somete la tradicional valoración asimétrica del condicionamiento de un menoscabo de la autonomía de otro, según si ese condicionamiento asume la forma de un comportamiento *activo* o de un comportamiento *pasivo*⁴⁹. En un trabajo que justamente lleva por título «¿Da lo mismo omitir que actuar?», NINO responde esta pregunta en dos pasos, el primero de los cuales consiste en la impugnación de la tesis de la valoración asimétrica, que NINO identifica con una «distinción de sentido común»⁵⁰. Su cuestionamiento de esta asume la forma de un exhaustivo ejercicio destructivo, orientado al desmantelamiento de las muy disímiles consideraciones en las que semejante valoración asimétrica tendería a quedar apoyada⁵¹. Ello lo lleva a formular la pregunta siguiente:

«¿Qué significación puede tener el que un cierto daño tenga como origen causal, en un caso, determinados movimientos corporales del agente y, en el otro, la falta de aquellos movimientos corporales que hubieran precluido tal resultado?»⁵²

El segundo paso de la respuesta consiste en una reconstrucción de la tesis de la valoración asimétrica, que arranca de la hipótesis de que «la clave para reivindicar nuestro sentido común

⁴⁵ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 32. Al respecto, véase también NINO, *La legítima defensa*, 2005, pp. 46 ss.

⁴⁶ Véase NINO, *La legítima defensa*, 2005, pp. 48 ss.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, NEUMANN, «El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena», en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal*, 2012, pp. 204 ss., 210 ss.

⁴⁸ En referencia al principio de proporcionalidad, NEUMANN, en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal*, 2012, pp. 205 ss., 208 ss., 210 ss.

⁴⁹ Acerca de la imbricación del principio de protección prudencial de la sociedad y una métrica agregativa como la que asume el utilitarismo, véase NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 200 ss.; también NINO, *La legítima defensa*, 2005, pp. 12 ss., en referencia inmediata a la pregunta por la justificación de la pena.

⁵⁰ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 205 ss., 208 ss. Al respecto, también NINO, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., 1989, pp. 317 ss.

⁵¹ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 213 ss.; asimismo, NINO, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., 1989, pp. 320 ss.

⁵² NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 219.

se encuentra en el examen del estatus causal de las omisiones»⁵³. Acertadamente, NINO desecha de inmediato la frecuente negación doctrinal de la «causalidad de la omisión», denunciando el error categorial en el que incurren quienes aducen para ello la máxima *ex nihilo nihil fit*⁵⁴. La invocación de este adagio desconoce la plena inteligibilidad de una explicación causal del acaecimiento de algún evento que invoque uno o más *hechos negativos* como componentes del respectivo *explanans*⁵⁵. Con ello, NINO nos propone poner nuestra atención, más bien, en la «noción ordinaria de causa» para encontrar una base que vuelva comprensible la ya referida distinción de sentido común:

«Calificamos, en general, como causa de un evento al fenómeno que es condición suficiente para que éste ocurra cuando se da en conjunción con condiciones que se dan normalmente tanto cuando el evento se produce como cuando no se produce»⁵⁶.

La definición de «causa» así ofrecida tiene una similitud obvia con la fórmula de la condición mínimamente suficiente, introducida por PUPPE, que a su vez resulta equivalente al llamado «test NESS», defendido por WRIGHT⁵⁷, aun cuando NINO prescinde de cualificar la suficiencia que tendría que exhibir el respectivo complejo de circunstancias (positiva o negativamente especificadas) en el sentido de una suficiencia *mínima*⁵⁸. Más allá de esto, la similitud se ve drásticamente limitada por la manera en que NINO introduce un componente explícitamente normativo en su definición, que surge de su reformulación —parcialmente crítica— del uso que, en su monumental *Causation in the Law*, HART y HONORÉ hicieron de la noción de (a)normalidad como criterio del análisis causal⁵⁹, y cuyas implicaciones quedan de manifiesto en el análisis que NINO nos brinda del ejemplo siguiente:

«El hecho de que identifiquemos la causa de un evento con la condición que es suficiente para que éste ocurra en circunstancias normales del contexto, explica por qué consideramos que la omisión de la madre de alimentar al hijo, y no la omisión de un vecino de hacer lo propio, fue la causa de la muerte del niño; a pesar de que ambas omisiones fueron condición necesaria de la muerte del niño, sólo la omisión de la madre fue también condición suficiente de esa muerte en conjunción con circunstancias normales del contexto (entre las que se incluye el hecho de que el niño no sea alimentado por extraños); en cambio, la “omisión” del vecino no es un hecho que, en conjunción con circunstancias normales (entre las que se encuentra la alimentación del niño por parte de sus padres), sea condición suficiente de su muerte»⁶⁰.

A primera vista, aquello que NINO identifica con el complejo de «circunstancias normales», en conjunción con las cuales el comportamiento (activo u omisivo) de una persona pudiera presentarse como una condición suficiente para el acaecimiento de un resultado, parecería

⁵³ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 220. Véase también NINO, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., 1989, pp. 325 ss.

⁵⁴ Sobre esto, véase MAÑALICH RAFFO, *Norma, causalidad y acción*, 2014, pp. 56 ss.

⁵⁵ Véase NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 220 ss.

⁵⁶ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 224.

⁵⁷ Al respecto, MAÑALICH RAFFO, *Norma, causalidad y acción*, 2014, pp. 39 ss., con múltiples referencias ulteriores.

⁵⁸ Esa cualificación es indispensable para negar relevancia causal a circunstancias que resultan explicativamente superfluas, así como para alcanzar una solución plausible en los casos de «causalidad alternativa»; sobre esto último, MAÑALICH RAFFO, *Norma, causalidad y acción*, 2014, pp. 43 ss.

⁵⁹ HART/HONORÉ, *Causation in the Law*, 2ª ed., 1985, pp. 26 ss., 33 ss. Véase NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 221 ss.

⁶⁰ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 225.

corresponderse con lo que MACKIE denominara «campo causal». Por tal cabe entender el conjunto de circunstancias antecedentes sobre el trasfondo del cual tiene lugar la explicación causal del acaecimiento del evento correspondiente, que como tales son tenidas por no necesitadas de explicación⁶¹. Pero las apariencias engañan. Pues, que una determinada circunstancia quede o no «relegada» al respectivo campo causal, depende del interés cognitivo que anime la explicación causal en cuestión. Y el hecho de que una circunstancia de cierta índole, que verbigracia pudiera consistir en la ejecución o la omisión de una acción de cierta clase, sea más o menos «normal» no puede ser esgrimido como razón para no tratar esa circunstancia como una de aquellas que hubieran de ser invocadas como componente de la condición de cuya eventual suficiencia causal se trate.

Esto último vuelve inadmisibile la maniobra propugnada por NINO, resultante en la negación de relevancia causal a la omisión de una acción alimentadora del niño para con el acaecimiento de la muerte de este (por inanición). Y esto se ve agravado por el hecho de que, de manera aparentemente inadvertida, el argumento mediante el cual NINO pretende arribar a esa conclusión descansa en la consideración de un «curso causal hipotético», a saber: el curso de un mundo, alternativo al mundo actual, que habría quedado codeterminado por la alimentación relativamente ininterrumpida que el padre o la madre habrían provisto al niño, circunstancia que según NINO pertenecería al conjunto de «circunstancias normales». Esto contraviene la máxima metodológica que proscribe tomar en consideración circunstancias no efectivamente actualizadas, que es el reflejo de la exigencia de que las premisas del argumento en que consiste la correspondiente explicación causal estén constituidas por proposiciones verdaderas⁶².

A través de esta (radical) normativización del concepto de causa, NINO pretende proveer de apoyo a la intuición de sentido común favorable a la valoración asimétrica del hacer frente al no-hacer⁶³. En sus palabras:

«Cuanto más fuerte es la expectativa de una conducta positiva tanto más estamos inclinados a ver su omisión como anormal en contraste con las demás condiciones del contexto en que el resultado se produce. [...] La expectativa que convierte un acto negativo en algo anómalo puede ser más o menos fuerte, lo que hace que la adscripción de efectos causales a una omisión no sea una cuestión de “todo o nada”, sino una cuestión de grado»⁶⁴.

Por esta vía, los resultados que tendría que arrojar el análisis causal se vuelven enteramente manipulables. Desde un punto de vista jurídico-penal, que la ejecución de una cierta acción sea esperable no es más que una implicación de que esa acción se encuentre jurídicamente requerida por una norma punitivamente reforzada. Y el estatus deóntico de una acción como jurídicamente requerida no admite ser identificado con una propiedad graduable. Esto, por cuanto respecto de una acción de cierta clase vale que o bien ella está jurídicamente requerida o bien no lo está: *tertium non datur*. Y si una acción no resulta jurídicamente requerida bajo su descripción como impositiva de un resultado, entonces su relevancia causal para el acaecimiento de este es

⁶¹ MACKIE, *The Cement of the Universe*, 1980, pp. 34 ss., 63 ss.

⁶² Véase MAÑALICH RAFFO, *Norma, causalidad y acción*, 2014, pp. 48 ss. (con nota 120), 61 ss., con referencias ulteriores.

⁶³ Acerca del pretendido «carácter normativo de la causación por omisión», desde una perspectiva filosófica, véase NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, 1987, pp. 98 ss.

⁶⁴ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 226. Véase también NINO, *La legítima defensa*, 2005, p. 13.

irrelevante bajo la axiología del respectivo sistema de derecho penal. Pero esto ciertamente no equivale a negar su posible relevancia causal⁶⁵.

Lo anterior deja en pie la necesidad de reconciliar la considerable restricción a la que —*de lege lata*— suele quedar sometida la fundamentación de deberes de acción cuya infracción admita ser valorativamente equiparada a la infracción de deberes de abstención, por un lado, con la preocupación por la maximización de la autonomía susceptible de ser igualitariamente disfrutada por los beneficiarios de la protección dispensada por las normas que imponen los deberes en cuestión, por otro. Pero para ello parece mejor aspectado el argumento que se centra en una divergencia estructural que muestran las normas que fundamentan los deberes de una y otra clase⁶⁶. En efecto, mientras que la prohibición de la producción de resultados lesivos de cierta índole solo contribuye al aseguramiento de la libertad de cada uno de sus beneficiarios en la medida en que se encuentre dirigida a *toda* persona, para que el requerimiento (o «mandato») del impedimento de resultados lesivos de esa misma índole contribuya a ese aseguramiento es suficiente que a lo menos *una* persona quede (efectivamente) obligada por ella frente al respectivo beneficiario⁶⁷. Esto vuelve comprensible que las normas de requerimiento cuya contravención tradicionalmente caracterizamos como constitutiva de un delito de omisión impropia sean normas «dirigidas» a quienes cuentan, situacionalmente, como *garantes*.

2.3. El principio de intersubjetividad del derecho penal contra el paternalismo y el perfeccionismo *qua* fundamentos de criminalización y punición

Pero la eficacia del principio de la autonomía de la persona no se circunscribiría a servir de base para la obtención del principio de protección prudencial de la sociedad. Pues de aquel principio moral también se seguiría, según NINO, el ya mencionado *principio de intersubjetividad del derecho penal*, según el cual las leyes penales «sólo deben estar dirigidas a prevenir daños a individuos diferentes del que realiza la acción sometida a pena»⁶⁸. Sin embargo, NINO cualifica considerablemente el sentido en el cual este último principio se sustentaría en el principio de autonomía, al observar que entre este y aquel habría «un salto», representado por «el caso de

⁶⁵ En detalle al respecto, MAÑALICH RAFFO, «Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas», *Revista de Derecho (Coquimbo)*, (21-2), 2014, pp. 234 ss. (con nota 38).

⁶⁶ De ahí que sea especialmente desafortunado que NINO sugiera que entre los deberes de una y otra clase podría darse una relación tal que la infracción de un deber de acción pudiera tener «relevancia para determinar la violación del deber de no matar», dado que «su reconocimiento efectivo puede dar lugar a una expectativa social de comportamiento activo lo suficientemente fuerte como para convertir la omisión en el factor anómalo entre los antecedentes de la muerte y, por ende, en la causa de esa muerte»; así, NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 227. Más allá de cuán manipulable resultaría ser un análisis causal así orientado, la observación de NINO descansa en la hipótesis de que «la prohibición de matar no se dirige sólo a actos positivos, sino a cualquier conducta, activa o pasiva, que cause la muerte de alguien» (*ibid.*, pp. 226 ss.). Esto es incompatible con un modelo de teoría de la acción que se tome en serio el hallazgo de la relatividad de la distinción entre la ejecución y la omisión de acciones de índole productiva o impeditiva a la correspondiente «oportunidad para la acción»; sobre esto, MAÑALICH RAFFO, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, (21-2), 2014, pp. 229 ss.

⁶⁷ Fundamental al respecto, VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 309 ss. El argumento se encuentra internamente conectado con una asimetría estructural que exhiben los deberes fundamentados por normas de una y otra clase: el deber de abstención impuesto por una norma prohibitiva de la producción de cierto resultado es (potencialmente) *conjuntivo*, en tanto que el deber de acción impuesto por una norma requeridora del impedimento de cierto resultado es (potencialmente) *disyuntivo*; véase MAÑALICH RAFFO, *Norma, causalidad y acción*, 2014, pp. 22 ss.

⁶⁸ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 34. Véase también NINO, *La legítima defensa*, 2005, pp. 16 ss.

acciones que afectan al propio agente [...] por lesionar su propia autonomía»⁶⁹. De ahí que, si el principio de intersubjetividad ha de volver ilegítima la criminalización *paternalista* de semejantes formas de comportamiento «autorreferidas», entonces sea necesario introducir alguna premisa adicional, extrínseca al principio de autonomía.

A primera vista, la forma de paternalismo que NINO tiene por compatible con el principio de autonomía de la persona podría corresponderse con lo que FEINBERG denominaba un «paternalismo débil», a saber: el postulado según el cual sería legítimo impedir que las personas se irroguen daño a sí mismas, o bien consientan en que otro les irroge daño, cuando la autolesión (*lato sensu*) o el consentimiento se presentan como «no-voluntarios»⁷⁰. Precisamente la circunstancia de que, en estas constelaciones, sea la falta de (plena) voluntariedad de la autolesión o el consentimiento lo que pudiera justificar la correspondiente intervención regulativa estatal llevaba a FEINBERG a observar que no sería claro que aquí se trate de un paternalismo «en lo absoluto, en sentido alguno»⁷¹. Pero es claro que el planteamiento de FEINBERG se aleja sensiblemente, a este respecto, de lo sostenido por NINO. Pues este último asume que el paternalismo, en cuanto diferenciable del perfeccionismo, podría ser esgrimido como premisa para criminalizar, de una manera deferente para con el principio de autonomía de la persona, «acciones como la autolesión en general, la tentativa de suicidio, la omisión de medidas protectivas como el uso de cinturones de seguridad en los automóviles, etc.»⁷².

Aquello que NINO declara compatible sin más con el principio de autonomía de la persona consiste, más bien, en la conjunción —o más precisamente: la confusión— de una forma de paternalismo débil con una forma de «paternalismo fuerte». Que NINO no logra diferenciar suficientemente ambas nociones, queda de manifiesto en los ejemplos que él ofrece de situaciones en las que sería «posible que un individuo atente contra sus propios intereses subjetivamente percibidos»⁷³.

Un primer grupo de casos involucraría especies más o menos paradigmáticas de defectos de voluntariedad, a saber: situaciones de «compulsión o perturbación interna» que afecten al agente, de «error acerca de la relación entre su acto y la lesión de sus intereses», y de acrasia (o «debilidad de la voluntad») ⁷⁴. Para sostener que, «aun cuando se admita la posibilidad de estos casos», la justificación de una criminalización de acciones que puedan ser ejecutadas en alguna de esas situaciones sería «muy excepcional [...]», NINO esgrime un argumento que apunta a la ínfima incidencia motivacional que podría desplegar la conminación penal sobre el agente. Esto, porque sería «poco probable que si el individuo no se motiva por un daño superior al de la pena, se vea impulsado a actuar por la perspectiva de que esta le sea impuesta»⁷⁵.

⁶⁹ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 34.

⁷⁰ Al respecto, FEINBERG, *Harm to Self*, 1986, pp. 12 ss., 143 ss., 172 ss., distinguiendo, respectivamente, entre casos de autolesión (*single-party cases*) y de consentimiento en la lesión por mano ajena (*two-party cases*).

⁷¹ Véase FEINBERG, *Harm to Self*, 1986, p. 12.

⁷² NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 34.

⁷³ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 34. Véase también NINO, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., 1989, pp. 413 ss.

⁷⁴ Acerca del problema de la acrasia, desde el punto de vista de la fundamentación y la exclusión de la culpabilidad jurídico-penal, véase MAÑALICH RAFFO, «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *InDret*, (1), 2013, pp. 15 ss.

⁷⁵ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 35.

Este no es sino el argumento que ya BECCARIA esgrimía para impugnar la sensatez de la criminalización del suicidio⁷⁶. Pero la apelación a esta consideración pragmática, relativa a la inadecuación estratégica que exhibiría la criminalización de formas de comportamiento autolesivas, en razón de que estas tenderían a ser realizadas por personas aquejadas por alguna especie de irracionalidad práctica, desconoce enteramente la posibilidad de que, a lo menos en determinados casos, quien se lesiona a sí mismo —aun en la modalidad de un suicidio— esté actuando de manera plenamente racional⁷⁷. Y NINO parece no advertir que la proposición de que, como cuestión de principio y más allá de la ya referida consideración pragmática, la criminalización del suicidio y de otras formas de autolesión sería reconciliable con el principio de autonomía de la persona, incluso cuando —por más estadísticamente marginal que sea esta posibilidad— el agente actúa sin déficit de racionalidad alguno, traiciona el ideario liberal que anima su postulación del principio de autonomía. Pues lo que esa proposición declara admisible es una forma de paternalismo *fuerte*⁷⁸.

El segundo grupo de constelaciones que NINO analiza se corresponde con la implementación de lo que FEINBERG denominara «leyes paternalistas mixtas»⁷⁹. Se trataría aquí de la criminalización de acciones cuya ejecución podría resultar no solo en la afectación de intereses del agente mismo, sino también en el menoscabo de la autonomía de una o más personas distintas de aquel. Un paradigma de ello lo encontraríamos en el reforzamiento, a través de sanciones, de reglas que se orientan a evitar que un agente se aproveche, cual *free rider*, del comportamiento colaborativo de los demás. En este contexto, la presión coercitiva a favor de la cooperación de todos tendría que estimarse congruente con la promoción de los intereses de todos los potencialmente afectados⁸⁰. En la medida en que las razones no-paternalistas susceptibles de ser invocadas para justificar regulaciones punitivas —o en todo caso: sancionatorias— de esta índole tengan peso suficiente, su carácter (fuertemente) paternalista resultaría ser, más bien, sólo aparente. Esto basta para descartar la relevancia criteriológica de las constelaciones aquí examinadas.

NINO no logra, con ello, ofrecer una justificación suficientemente robusta para el «salto» asociado a la fundamentación del principio de intersubjetividad del derecho penal a partir del principio de autonomía de la persona, en razón de la confusión de la que sufre su caracterización del paternalismo como posible premisa de criminalización. De acuerdo con el argumento recién presentado, sin embargo, cabría decir que, *pace* NINO, semejante salto no existe en lo absoluto: si por «paternalismo» entendemos un paternalismo en sentido fuerte, entonces bajo una ideología liberal como la asumida por NINO el principio de autonomía de la persona tendría que ser suficiente para sustentar la ilegitimidad de decisiones de criminalización paternalistamente

⁷⁶ Véase BECCARIA, *De los delitos y las penas*, 2000, pp. 294 ss.: «La seductora imagen del placer y la esperanza, dulcísimo engaño de los mortales, por las cuales tragan desmedidamente el mal mezclado con algunas pocas gotas de contento, los atrae mucho para que se deba temer que la impunidad necesaria de este delito tenga alguna influencia sobre ellos. ¿Cuál será, pues, el estorbo que detendrá la mano desesperada del suicida?»

⁷⁷ Fundamental al respecto, KAGAN, *Death*, 2012, pp. 318 ss., 323 ss.

⁷⁸ Véase FEINBERG, *Harm to Self*, 1986, pp. 25 ss.

⁷⁹ FEINBERG, *Harm to Self*, 1986, p. 16.

⁸⁰ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 35. Considerablemente menos plausible parece ser la referencia que NINO introduce a la concepción de la identidad personal articulada por PARFIT para dar cuenta de la posible legitimación de «medidas coactivas de carácter paternalista», en razón de que «la acción que ellas reprimen podría, en realidad, lesionar la autonomía de una persona total o parcialmente diferente de quien realizó la acción» (p. 36), esto es, la autonomía de la persona futura que podría emerger de la progresiva transformación del agente en una persona diferente.

orientadas⁸¹. Esta es una de las restricciones que, según NINO, quedarían ancladas en el principio de intersubjetividad del derecho penal.

Pero aún es necesario considerar un segundo efecto restrictivo que desplegaría este último principio, y que es todavía más importante para el delineamiento del programa de filosofía jurídico-penal de NINO, a saber: el rechazo del *perfeccionismo* como premisa de criminalización⁸². Esto resultaría en la proscripción de «endosar por medio del Derecho Penal ideales de virtud», también cuando esto último asume una forma indirecta, «como cuando el carácter o los motivos del agente son tomados en cuenta para graduar la pena» o «cuando la intención y los motivos del agente son tomados en cuenta para caracterizar las causas de justificación»⁸³.

En cuanto a este último problema, merece plena aprobación la concepción «objetivista» de las causas de justificación promovida por NINO⁸⁴. Distintivo de tal concepción es que ella no haga dependiente la permisibilidad de un comportamiento (bajo la correspondiente causa de justificación) sea de la intencionalidad con la cual la respectiva acción de defensa o salvaguardia es ejecutada, sea de la representación de las circunstancias con la que cuente el agente al ejecutarla⁸⁵. De esta manera, esa concepción satisface una condición necesaria para evitar que se suscite aquello que NINO aptamente caracteriza como «el juego de espejos que se da cada vez que hay ataques y defensas recíprocos»⁸⁶. El problema puede ejemplificarse a propósito de la estructura de las situaciones de legítima defensa: de que la determinación de quién cuenta como agresor y quién como agredido sea insensible a las representaciones subjetivas que uno y otro tengan de la situación depende que esta pueda ser descrita como *asimétrica*. Pero la neutralización de semejante «juego de espejos» también depende de que la permisión por legítima defensa resulte excluida si la agresión en cuestión a su vez cuenta como permitida, esto es, como «no antijurídica»⁸⁷. Desde este último punto de vista, sin embargo, el planteamiento de NINO deviene problemático, justamente porque este proclama la inteligibilidad de situaciones de «legítima defensa contra legítima defensa»⁸⁸.

⁸¹ Véase NINO, *La legítima defensa*, 2005, p. 71: «las concepciones que fundamentan la indisponibilidad de ciertos bienes por parte de sus beneficiarios difícilmente son compatibles con una concepción liberal de la sociedad civil que excluye políticas de índole perfeccionista e, incluso, las formas más expansivas de paternalismo».

⁸² Pormenorizadamente sobre esto, NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 270 ss., 288 ss. Véase también NINO, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., 1989, pp. 205 ss.

⁸³ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 36. En particular acerca de la inadmisibilidad de una «voluntad de defenderse» como pretendido requisito de la legítima defensa (propia), véase NINO, *La legítima defensa*, 2005, pp. 125 ss.

⁸⁴ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 470 ss., 484 ss.; también NINO, *La legítima defensa*, 2005, pp. 31 ss., 35 ss., 40 ss.

⁸⁵ Véase NINO, *La legítima defensa*, 2005, p. 126.

⁸⁶ NINO, *La legítima defensa*, 2005, p. 130.

⁸⁷ Al respecto, MAÑALICH RAFFO, «Normas permisivas y deberes de tolerancia», *Revista Chilena de Derecho*, (41), 2014, pp. 504 ss., 510 ss., en referencia inmediata a la fundamentación de los deberes de tolerancia que pueden quedar referidos a la ejecución de la correspondiente acción defensiva.

⁸⁸ Así, NINO, *La legítima defensa*, 2005, pp. 68 ss, 70 ss., 77, 139, aun cuando circunscribiéndolas a casos de agresiones atribuibles a «agresores no responsables», esto es, a casos en los cuales —contra lo sostenido por NINO— la causa de justificación pertinente pudiera no ser la legítima defensa, sino más bien el estado de necesidad defensivo.

Más allá de esto último, NINO tal vez se precipite al asimilar sin más las nociones de intención y motivo en la defensa de su concepción objetivista de las causas de justificación⁸⁹. Pues NINO pasa por alto que, en particular tratándose de la regulación de la legítima defensa en la tradición de la codificación hispánica, la no infrecuente formulación legislativa de una exigencia negativa, relativa a algún catálogo de motivos que *no* han de explicar la acción defensiva ejecutada por un tercero extraño (al agredido)⁹⁰, admite ser reconstruida sin apelación a una premisa perfeccionista. Antes bien, esa exigencia negativa puede entenderse fundada en una preocupación por la *instrumentalización* de la correspondiente situación defensiva⁹¹. Además de la insuficiente diferenciación analítica de las nociones de *intención* y *motivo* que subyace a su argumentación⁹², en el planteamiento de NINO se echa en falta un adecuado perfilamiento de los problemas de *imputación* que, como operación distinguible de la calificación deóntica del respectivo comportamiento, se suscitan a propósito de la operatividad de una causa de justificación como la legítima defensa⁹³. Ello queda de manifiesto en su análisis del problema que plantea el requisito de la falta de provocación (suficiente) de la agresión antijurídica de cuya neutralización defensiva se trate⁹⁴.

⁸⁹ Véase NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 36.

⁹⁰ En detalle al respecto, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, t. IV, 1952, pp. 251 ss.

⁹¹ Al respecto, véase SILVA OLIVARES, «Imputación y causas de justificación», *Revista de Estudios de la Justicia*, (18), 2013, pp. 52 ss. Aunque en otro contexto, la pertinencia de tal preocupación por la instrumentalización de la situación defensiva es reconocida por Nino en su análisis de los casos de «pretexto de la legítima defensa», a propósito de la exigencia de falta de provocación suficiente de la correspondiente agresión; véase NINO, *La legítima defensa*, 2005, pp. 130 ss., 133 ss.

⁹² Esa insuficiencia es reconocible en el tratamiento que NINO ofrece de la «intencionalidad de la acción» y de los «motivos y razones» en su muy solvente monografía dedicada a la sinopsis de la filosofía analítica de la acción; véase NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, 1987, pp. 67 ss., 79 ss., y especialmente p. 80: «Los enunciados acerca de motivos retrospectivos, como venganza o gratitud, también describen la intención del agente de producir en el futuro un determinado estado de cosas, del mismo modo que los enunciados sobre motivos retrospectivos». Esto desconoce que, desde el punto de vista del lugar que uno y otro ítem pueden ocupar en el contexto de un silogismo práctico, un motivo característicamente funge como premisa, en tanto que la correspondiente intención figura o bien como aquello en cuya formación consiste la conclusión de la inferencia, o bien como un aspecto de la ejecución u omisión —en tal medida: intencional— de una acción en la que consiste esa conclusión, según corresponda. Esto es obviamente compatible con que la racionalización de un comportamiento como explicable por un motivo determinado implique una especificación de ese mismo comportamiento bajo una descripción que lo convierta en intencional; fundamental al respecto, BRANDOM, *Making it Explicit*, 1994, pp. 243 ss., 249 ss.

⁹³ Una muestra de ello aparece en el argumento que NINO ofrece para sustentar que, en los casos en los cuales una persona actúa de manera objetivamente justificada, pero desconociendo las circunstancias que fundan esa justificación, la solución correcta sería la absolucón (en vez de una condena por tentativa); véase NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 94 ss., p. 97.

⁹⁴ NINO, *La legítima defensa*, 2005, pp. 129 ss., 137 ss. Al respecto, véase DIAS, «Carlos Nino y la provocación intencional de la legítima defensa», *Enfoques Penales*, (noviembre), 2019, *passim*. Por qué es problemática la falta de diferenciación de la calificación deóntica de un comportamiento como permitido, por un lado, frente a su eventual imputación como el ejercicio de un permiso, por otro, lo muestra la incapacidad que la concepción de NINO exhibe para explicar que, en situaciones de legítima defensa de tercero, el requisito de la falta de provocación de la agresión quede referido a quien ejecuta la acción defensiva, y no al agredido; véase NINO, *La legítima defensa*, 2005, pp. 148 ss., 151 ss. La dificultad se disipa una vez que ese requisito pasa a ser identificado con el presupuesto (negativo) de la imputación del comportamiento defensivo como ejercicio de un permiso, lo cual queda descartado, *a contrario sensu*, cuando la provocación suficiente de la agresión por parte del agente defensor se constituye como la infracción de una incumbencia que vuelve legítimo el desconocimiento del carácter permitido —a título de legítima defensa— del comportamiento de cuya posible imputación se trata. Para semejante reconstrucción, fundada en una reformulación del modelo de la *actio illicita in causa* como una estructura de imputación extraordinaria, véase MAÑALICH RAFFO, *Norma, causalidad y acción*, 2014, pp. 140 ss.

En cualquier caso, el antiperfeccionismo que NINO asocia al principio de intersubjetividad del derecho penal parece tener consecuencias aún más significativas que las recién reseñadas. Pues NINO piensa que toda justificación retribucionista de la pena estaría a lo menos implícitamente comprometida con alguna forma de perfeccionismo. Tras echar mano al lugar común de que las distintas variantes de una concepción retribucionista de la punición asumirían que «la combinación de dos males puede generar un estado de cosas intrínsecamente valioso y que ese puede distinguirse del desvalor de la venganza», NINO sostiene que «el retributivismo es incompatible con una concepción liberal de la sociedad», puesto que «el mal que se retribuye no puede ser [...] un mero mal objetivo; debe ser un mal del cual alguien pueda ser *reprochado*», siendo el caso que «la reprochabilidad está intrínsecamente asociada con la valoración del carácter moral del agente»⁹⁵. Por ello, concluye NINO, «el retributivismo, en cualquiera de sus variantes, infringe el principio de autonomía de la persona»⁹⁶.

Este rechazo categórico —en cuanto fundado en la apelación a un *principio* moral— de una justificación retribucionista de la pena atraviesa buena parte de la obra jurídico-penal de NINO⁹⁷. Por el momento, basta con observar cuán llamativo es que NINO dirija su objeción antiperfeccionista contra el retribucionismo «en cualquiera de sus variantes». A pesar de que NINO reiterativamente reconoce que habría una multiplicidad de variantes de una concepción retribucionista del castigo, hasta el punto de que cabría hablar de «versiones radicalmente diferentes» de ella, su atención permanece puesta en variantes que identifican el principio de retribución con un pretendido principio moral. Que NINO no tome mínimamente en serio la posibilidad de una concepción puramente jurídica de la retribución como marco de legitimación de la pena estatal, se explica por la caricatura a la que él, apodóticamente, pretende poder reducir semejante forma de retribucionismo jurídico, a saber: a la proposición de que «la retribución es adecuada si el castigo lo establece el sistema legal», lo cual sólo podría sustentarse en la defensa de una forma —especialmente tosca— de iuspositivismo *ideológico*⁹⁸.

Como habrá de mostrarse más abajo, esto se encuentra internamente conectado con la posición en último término nihilista que NINO adopta en relación con la pregunta por la autoridad del derecho⁹⁹.

⁹⁵ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 37.

⁹⁶ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 38. Al respecto, y críticamente, BEADE, *Inculpción y castigo*, 2017, pp. 45 ss., 50 ss.

⁹⁷ Véase NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 263 ss., 288 ss., 299 ss.; NINO, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., 1989, pp. 448 ss.; NINO, *La legítima defensa*, 2005, pp. 14 ss., 55; NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 54 ss., 60 ss., 75 ss., 84 ss., 88 ss., 156 ss.; NINO, *Juicio al mal absoluto*, 2ª ed., 2015, pp. 222 ss.

⁹⁸ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 76. Para su denuncia del positivismo ideológico como pretendido corolario de la llamada «jurisprudencia de conceptos», véase NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 64 ss., 69 ss., 72 ss. (con nota 32), 96 ss. (con nota 49). Para la hoy extendida distinción de los conceptos de positivismo metodológico, teórico e ideológico, el *locus classicus* es BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, 1991, pp. 44 ss. Una caricatura comparable emerge con la sugerencia de que una concepción retribucionista del castigo «parece no sólo legitimar sino también exigir la pena de muerte para el caso del homicidio»; así, NINO, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., 1989, p. 449; en los mismos términos, NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 156, identificando de ese modo el retribucionismo con una defensa del *ius talionis*, a la vez que poniendo en duda la corrección de la atribución a KANT de una concepción propiamente retribucionista de la pena. Para una problematización de la función que, en términos de la ilustrada articulación de una concepción retribucionista de la pena jurídica en la *Metaphysik der Sitten*, desempeña el *ius talionis* como parámetro (imperfecto) de determinación de la pena, véase MAÑALICH RAFFO, «Respeto y retribución. La pena jurídica en la *Metafísica de las Costumbres*», *Revista de Ciencia Política*, (38), 2018, pp. 512 ss.

⁹⁹ *Infra*, 4.1.

2.4. El principio de asunción de la pena como criterio de justificación distributiva de la punición

NINO advierte, con máxima claridad, que su rechazo categórico de toda forma de retribucionismo de ninguna manera confiere sustento *positivo* a una justificación no-retribucionista de la punición. Ello se expresa en que NINO rechaza, de manera igualmente categórica, una justificación utilitarista del castigo, en razón de que la métrica agregativa sobre la cual ella descansaría estaría «en tensión con el presupuesto de la separabilidad de las personas», lo cual la convertiría en irreconciliable con el principio de inviolabilidad de la persona¹⁰⁰. La falta de plausibilidad de una forma de prevencionismo anclado en una ética utilitarista quedaría, así, patentada por la célebre «objeción kantiana» contra la instrumentalización del individuo sobre quien se impone una pena exclusivamente justificada por su contribución a la maximización del bienestar general¹⁰¹. Cuán intensa es la preocupación de NINO a este respecto, es reconocible en su llamado de atención acerca de las dificultades que la teoría de la justificación de la pena puede enfrentar a resultas de la «despedida de KANT y HEGEL» que fuera propugnada por KLUG¹⁰².

Lo insostenible de una justificación utilitarista de una punición preventivamente orientada radicaría, así, en su plena insensibilidad al problema de la *distribución* del castigo¹⁰³. Dada la inadmisibilidad del recurso al criterio de merecimiento, en cuanto endémico de una concepción retribucionista, la única maniobra disponible consistiría en articular un estándar de legitimación que reconcilie los principios de autonomía y de inviolabilidad de la persona. NINO identifica ese estándar con el principio de *asunción de la pena*, en conformidad con el cual la imposición de una pena sobre alguien

«está justificada si él ha consentido asumir la respectiva responsabilidad penal mediante un acto voluntario con conocimiento de que esa responsabilidad es su consecuencia normativa necesaria»¹⁰⁴.

Así, el principio de la asunción de la pena funcionaría como un criterio de «distribución en función del consentimiento»¹⁰⁵. Ello no deja de evocar la manera en que HART defendiera la necesidad de reconocer un «principio de retribución en la distribución» como una exigencia enteramente independiente de cuál sea el objetivo general perseguido a través de la punición¹⁰⁶. A pesar de que el uso del término «retribución» no podría ser aceptado por NINO para designar la exigencia puramente *distributiva* por él perfilada¹⁰⁷, el margen de convergencia de ambos planteamientos es tan vasto como significativo.

¹⁰⁰ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 36 ss.

¹⁰¹ Véase NINO, *La legítima defensa*, 2005, pp. 13 ss.

¹⁰² Al respecto, NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 42 ss. Sobre ello, MAÑALICH RAFFO, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, 2018, pp. 23 ss., con referencias ulteriores.

¹⁰³ Sobre ello, y pormenorizadamente, NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 218 ss.

¹⁰⁴ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 38 ss.

¹⁰⁵ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 120 ss. En detalle al respecto, NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 225 ss.

¹⁰⁶ Véase HART, *Punishment and Responsibility*, 1968, pp. 11 ss.

¹⁰⁷ Acerca de la distinción entre los conceptos de justicia distributiva y retributiva desde el punto de vista de una legitimación de los sistemas de derecho penal a la RAWLS, véase MAÑALICH RAFFO, «Merecimiento, distribución y teodicea: el derecho penal en la teoría rawlsiana de la justicia», en GREZ/WILENMANN/FUENZALIDA (coords.), *Una vida en la Universidad de Chile: celebrando al profesor Antonio Bascañán Valdés*, 2014, pp. 391 ss., 402 ss., con referencias ulteriores.

Si bien NINO explícitamente busca distanciarse de HART en cuanto a la importancia que este atribuiría al aseguramiento de «la libertad de elección o la previsibilidad del futuro» en su respuesta a la pregunta por la justicia en la distribución del castigo¹⁰⁸, hay que notar que este último no apela a una «libertad de elección», sino más bien a una «justa (*fair*) oportunidad de elegir» ante la disyuntiva de o bien someterse a la exigencia de comportamiento que el derecho le dirige en pos de la protección de la sociedad, o bien «pagar la penalidad» respectiva¹⁰⁹. Según HART, ello haría posible sostener que, en tal medida, el castigo impuesto se presenta como «un precio justamente extraído por cuanto el criminal tuvo, de antemano, una oportunidad justa para evitar la sujeción a pagar»¹¹⁰. Esto anticipa enteramente la descripción que NINO nos brinda de la manera en que el consentimiento concluyentemente prestado por quien perpetra un delito legitimaría, *ceteris paribus*, la reacción punitiva susceptible de serle dirigida:

«El individuo que ejecuta un acto voluntario —un delito— sabiendo que la pérdida de la inmunidad jurídica contra la pena es una consecuencia necesaria de su acto, consiente en esta consecuencia normativa, del mismo modo que un contratante consiente una consecuencia normativa que resulte del contrato y una persona que asume un riesgo consiente en perder la acción resarcitoria que de lo contrario tendría»¹¹¹.

Esta formulación del principio de asunción de la pena hace reconocible otra similitud entre los planteamientos de HART y de NINO. Pues, coincidentemente con este último, quien construye su argumento a favor del principio de distribución por asunción a partir del análisis de la función del consentimiento en la justificación de la generación de obligaciones contractuales¹¹², HART destacaba la analogía existente

«entre las condiciones que son tratadas por el derecho penal como condiciones *excusadoras* y ciertas condiciones similares que son tratadas, en otra rama del derecho, como *invalidantes* de ciertos negocios jurídicos civiles tales como testamentos, donativos, contratos y matrimonios»¹¹³.

Ello es consistente con la manera en que NINO especifica en qué habría de consistir el «consentimiento requerido» según el principio de asunción de la pena, bajo la pregunta por «las actitudes subjetivas que condicionan la aplicación de la pena»¹¹⁴. Con todo, hay dos aspectos de su argumentación que ameritan una consideración diferenciada.

Por un lado, hay que destacar la rigurosidad con la que NINO advierte que el consentimiento prestado a través de la perpetración («voluntaria») de un delito es una condición necesaria, pero en ningún caso suficiente, para la justificación del castigo, toda vez que «la justificación de cierta distribución sobre la base de la libre elección de los interesados presupone la justicia de la regulación jurídica en cuyo marco tales decisiones se han adoptado»¹¹⁵. Esto no representa más

¹⁰⁸ Véase NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 250 ss.; también NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 126, nota 14.

¹⁰⁹ HART, *Punishment and Responsibility*, 1968, pp. 22 ss.

¹¹⁰ HART, *Punishment and Responsibility*, 1968, p. 23.

¹¹¹ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 233.

¹¹² Véase NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 225 ss.

¹¹³ HART, *Punishment and Responsibility*, 1968, p. 29 (con cursivas en el original).

¹¹⁴ Véase NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 385 ss., 391 ss.

¹¹⁵ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 242. Para una exhaustiva reconstrucción de la muy limitada función justificativa que puede desempeñar, en general, la categoría del consentimiento tácito o concluyente (acertadamente entendido como una modalidad de consentimiento efectivo, y no presunto ni hipotético), véase

que una aplicación de la tesis de RAWLS acerca de cómo sería posible fundamentar una *obligación* —como algo distinto de un «deber natural»— para algún individuo sobre la base del «principio de imparcialidad (*fairness*)»¹¹⁶. Lo importante es la explicitación de la consecuencia que se seguiría de ello:

«una distribución particular de medidas punitivas sólo puede justificarse sobre la base del consentimiento de sus destinatarios cuando las leyes que crean las figuras delictivas son justas (por ejemplo, no deben ser discriminatorias ni proscribir acciones que la gente está moralmente facultada a realizar), y cuando la penalidad imputada al delito implica un mal menor que el implicado en el delito y es un medio necesario y efectivo para prevenirlo»¹¹⁷.

Dicho de otra manera: la justificación de la distribución de la punición como reflejo de la sujeción («hohfeldiana») en la que queda situado el autor del delito a resultas de su perpetración *presupone* la justicia de la distribución de autonomía cuyo aseguramiento representaría la finalidad de la punición¹¹⁸.

Pero hay un segundo aspecto del argumento de NINO que también necesita ser relevado, y que concierne a una particular implicación del condicionamiento de la justificación del castigo a la satisfacción del principio de la asunción de la pena. En sus propias palabras:

«esta justificación antiperfeccionista para requerir actitudes subjetivas exige preeminentemente el conocimiento de la punibilidad de la conducta, que la concepción perfeccionista exigiría sólo excepcionalmente en los casos en que la única significación moral de la acción fuera su prohibición legal»¹¹⁹.

Este pasaje es importante por la sugerencia de NINO en cuanto a que, bajo su enfoque antiperfeccionista, la tradicional distinción entre delitos constitutivos de *mala in se* y delitos constitutivos de *mala (quia) prohibita* devendría impracticable. Esto es consistente con el desiderátum que, en otro contexto, NINO identifica con el parámetro de adecuación de una definición teóricamente depurada del concepto general de delito, a saber: «superar el dualismo metafísico entre “*mala in se*” y “*mala prohibita*”»¹²⁰.

Pero aquí interesa reparar en la razón que explicaría que la exigencia de conocimiento de la punibilidad se derive del principio de la asunción de la pena: el consentimiento capaz de volver legítima la correspondiente distribución de la carga que representaría el castigo necesita quedar específicamente referido «a las consecuencias normativas del acto», esto es, «a asumir una sujeción jurídica» a la punición. Y esto presupone que el agente sepa «que la consecuencia

PARMIGIANI, «El alcance justificatorio del consentimiento tácito. El problema de Locke y la lógica del beneficio», *Doxa*, (43), 2020, *passim*.

¹¹⁶ Véase RAWLS, *A Theory of Justice*, 2ª ed., 1999, pp. 93 ss., p. 96: «de una persona se exige que haga su parte según lo definen las reglas de una institución cuando se ven cumplidas dos condiciones: primero, la institución es justa (o *fair*), esto es, satisface los dos principios de justicia; y segundo, uno ha voluntariamente aceptado los beneficios del arreglo o se ha aprovechado de las oportunidades que ofrece para la realización de los propios intereses».

¹¹⁷ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 242.

¹¹⁸ Para la caracterización de la susceptibilidad a la punición como una posición de sujeción *à la* HOHFELD, véase NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 124. Latamente al respecto, MAÑALICH RAFFO, «La clausura de los sistemas de normas de sanción penal como sistemas de reglas constitutivas», *Revus*, (44), 2021, pp. 43 ss.

¹¹⁹ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 299 ss.

¹²⁰ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 190.

normativa se sigue necesariamente de tal acción»¹²¹. Mas esta consecuencia del principio de la asunción de la pena resulta difícilmente plausible, pues ello implicaría conferir eficacia eximente a un error consistente en el desconocimiento de la punibilidad del comportamiento atribuido al agente¹²². De ahí que no pueda sorprender que, en su análisis del catálogo de eximentes que pudieran ser *prima facie* esgrimidas a favor de quienes se enfrenten a una acusación por crímenes que ejemplifiquen el concepto de «mal absoluto», NINO relativice drásticamente la exigencia de conocimiento de punibilidad:

«Lo que se precisa es una norma que haga al agente legalmente acreedor de castigo cuando comete un acto ilícito. La persona que consiente en cometer un acto ilícito consiente en asumir responsabilidad ante el castigo. Una vez que la punibilidad se hace depender de la ilicitud del acto, la persona que consiente en realizar un acto ilícito consiente en asumir la posibilidad de ser castigado»¹²³.

Mas esto es extraordinariamente difícil de compatibilizar con la observación de NINO en cuanto a que, tratándose de la consecuencia normativa de un acto,

«[l]a creencia de que la consecuencia podría tal vez seguirse del acto puede justificar la afirmación de que el agente ha consentido correr el riesgo de generar tal consecuencia, pero esto no es suficiente para apoyar la conclusión de que el agente ha consentido en producirla»¹²⁴.

Aun haciendo abstracción de la inconsistencia recién apuntada, hay que notar el *non sequitur* en que incurre NINO al pretender acotar el objeto de referencia del consentimiento que condicionaría la justificación distributiva del castigo a la circunstancia de estar el agente ejecutando una acción (o incurriendo en una omisión) ilícita o *antijurídica*, incluso si esta última categoría es redefinida en el sentido en que NINO nos lo propone. Según este, por «antijuridicidad» cabría entender «la propiedad de una acción de frustrar el objetivo de un precepto penal, es decir, su pertenencia a la clase de conductas que el precepto está destinado a prevenir»¹²⁵. Tal como esto será pormenorizadamente analizado en la sección siguiente, NINO piensa que una denominación más precisa de esa misma propiedad sería «enantiotelidad»¹²⁶. En lo inmediato sólo interesa dar cuenta de la manera en que ello haría posible, según NINO, cualificar el alcance del consentimiento exigido por el principio de la asunción de la pena:

«Si afirmamos que el agente tiene que haber consentido en cometer una acción enantiotética, abarcamos no solamente el consentimiento de cometer una acción con las propiedades mencionadas en la descripción del delito y que es engañosa o peligrosa, sino también el consentimiento de asumir

¹²¹ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 234; también NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 126.

¹²² La demostración históricamente fehaciente de ese déficit de plausibilidad la provee el hecho de que, como una consecuencia de su teoría de la coacción psicológica, FEUERBACH identificara el conocimiento de la punibilidad con un presupuesto de la punición, pero haciendo de su satisfacción el objeto de una presunción, primeramente en la forma de una presunción del «dolo antijurídico» (del cual el conocimiento de la punibilidad habría sido un componente) y más tarde en la forma de una presunción de la «capacidad de imputación» (que presupondría el conocimiento de la punibilidad). Al respecto, véase la ácida crítica ofrecida en BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 3, 1918, pp. 106 ss., 253 ss.

¹²³ NINO, *Juicio al mal absoluto*, 2ª ed., 2015, p. 260.

¹²⁴ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 234.

¹²⁵ NINO, *La legítima defensa*, 2005, pp. 18 ss., con nota 15.

¹²⁶ *Infra*, 3.1.

responsabilidad penal, ya que una acción es enantiotética cuando es una de las que la ley trata de prevenir imputándole [sic] cierta responsabilidad penal»¹²⁷.

En referencia al problema ahora analizado, la dificultad se suscita por la ambigüedad que puede exhibir una oración del tipo «el agente A sabe que la acción ϕ es enantiotética». La ambigüedad resulta del contexto *intensional* que genera el uso de un verbo como «saber», que en jerga filosófica designa una actitud —«intencional»— cuyo objeto es *relativo a la descripción*¹²⁸. De ello se sigue que el hecho de que A sepa que ϕ exhibe las propiedades que la convierten en una acción enantiotética, y así en una acción antijurídica *à la* NINO, no implica que A también sepa que ϕ es una de las acciones «de las que la ley trata de prevenir» a través de la correspondiente conminación penal. Pues, para que A supiera esto último sería necesario, adicionalmente, que A conociera la ley penal cuya finalidad consistiría en la prevención de la clase de acciones a la que pertenece ϕ . Con ello, no es posible eludir la conclusión de que una implementación consistente del principio de la asunción de la pena exigiría hacer del conocimiento de la ley penal que criminaliza el comportamiento que se imputa al agente una condición de la justa distribución del castigo.

3. ¿La antijuridicidad como «enantiotelidad»?

3.1. El principio de enantiotelidad como premisa general de derrotabilidad

Ya se hizo referencia a algunas de las consecuencias que NINO extrae del principio de protección prudencial de la sociedad. El aspecto más interesante de su planteamiento a este respecto consiste en el argumento para identificar, a partir de ese mismo principio, un estándar de exclusión de la punibilidad de formas de comportamiento *prima facie* punibles, y que NINO tematiza como el «principio de enantiotelidad»¹²⁹. A pesar de la notoria heterogeneidad de los grupos de casos en referencia a los cuales este principio llevaría a una exclusión de la punibilidad¹³⁰, NINO consigue ofrecer una formulación unitaria de él, a saber, como el principio según el cual «la ley penal no se debe aplicar para reprimir aquellas conductas que, aun estando comprendidas en la descripción de la ley, no causan el estado de cosas que la ley está destinada a prevenir», y que como tal «encapsula el concepto de antijuridicidad material»¹³¹.

Tal como NINO lo hace explícito al explicar su acuñación del neologismo en cuestión, el término «enantiotelidad» pretende designar la propiedad de algún comportamiento particular,

¹²⁷ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 398.

¹²⁸ Sobre ello, véase MAÑALICH RAFFO, «Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo», *Política Criminal*, (14-27), 2019, pp. 331 ss., con nota 142, en referencia inmediata al concepto (técnico) de tentativa. La manera en que la atribución de estados intencionales da lugar a contextos lingüísticamente intensionales es advertida por NINO en su tratamiento del problema de la «intencionalidad de la acción»; véase NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, 1987, p. 69, quien no llega a valerse, empero, de la distinción terminológica entre «intencionalidad» e «intensionalidad».

¹²⁹ Véase NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 33 ss. Latamente al respecto, NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 324 ss.

¹³⁰ Véase NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 33, donde se hace alusión a «casos en que la acción descrita por el tipo penal no generó el estado de cosas que la ley procuró prevenir», «casos de estado de necesidad», «algunas situaciones de legítima defensa», «casos en que hubo consentimiento de la presunta víctima» y «casos en que la acción forma parte de una institución o práctica socialmente beneficiosa, aunque en el caso particular la acción haya sido perjudicial».

¹³¹ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 33 ss., con nota 12.

consistente en que este «va[ya] contra la política o propósito central de la ley respectiva»¹³². De acuerdo con el principio de enantiotelidad, que NINO introduce como respuesta al «problema de la falta de coincidencia entre las acciones punibles y las acciones que se trata de prevenir»¹³³, un comportamiento debería ser punible «solamente cuando causa el daño o peligro que la ley está destinada a prevenir»¹³⁴. En lo fundamental, la exigencia de que, para resultar *definitivamente* punible, el comportamiento juzgado sea «enantiotélico» tendría que operar como una premisa para la restricción teleológica del ámbito de aplicación de la respectiva norma punitiva o «ley penal» que, al criminalizar la forma de comportamiento *prima facie* ejemplificada por ese comportamiento, resultaría ser potencialmente sobreincluyente. La dificultad que enfrenta la reconstrucción del argumento que NINO presenta para sustentar este principio limitativo de la punibilidad se explica por la multiplicidad de variables que quedan entremezcladas en su argumentación.

Un primer punto que necesita ser aislado consiste en el error categorial implicado en que NINO yuxtaponga tres constelaciones en las que «podría decirse (en el contexto del derecho penal) que una acción que aparentemente encuadra dentro de la descripción legal [...] no es una de las que el derecho quiere prevenir»¹³⁵, a saber: (1) casos que involucran la aplicación de normas cuya formulación lingüística adolecería de vaguedad o ambigüedad, cuya interpretación podría resultar en «incluir bajo la descripción del delito acciones que el derecho no trató de reprimir»¹³⁶; (2) casos que involucran la aplicación de normas en cuya formulación lingüística figuran expresiones que «parecen haber sido usadas con un sentido diferente del que tienen comúnmente, de manera tal que, si se las interpretara en su sentido habitual, la ley reprimiría conductas que no pretende disuadir»¹³⁷; y (3) casos de aplicación de normas cuya formulación lingüística exhibe un sentido fácilmente discernible, sin que ello se vea desafiado por una posible tensión entre los factores semánticos y pragmáticos con pertinencia para la interpretación, en relación con los cuales, sin embargo, «podría argumentarse que la ley fue solamente concebida para prevenir los actos que abarca su descripción cuando [esos casos] se combinan con ciertas propiedades, o con la ausencia de ciertas propiedades que, por alguna razón, no se incluyeron en la descripción»¹³⁸.

Es claro que las dos primeras constelaciones tendrían que quedar fuera de consideración, lo cual es tendencialmente concedido por NINO cuando observa que sería respecto de la tercera clase de situaciones «que es más relevante el estudio de las posibles maneras de reconstruir las razones» susceptibles de ser invocadas para justificar la regulación de cuya aplicación se trata¹³⁹. Pero NINO no nos explica por qué, *a contrario sensu*, ese estudio sería menos relevante en referencia a los dos primeros grupos de casos. La respuesta, con todo, debería ser clara: una operación de restricción teleológica susceptible de ser fundada en el principio de enantiotelidad tendría que resultar en la modulación de la *aplicación* de una norma, y no en una *identificación* de esa misma norma con base en una interpretación (restrictiva) del texto que reconocemos como su

¹³² Véase NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 325 ss. Según ya se observara, en otro lugar NINO sugiere que una denominación alternativa sería «principio de antijuridicidad»; así, NINO, *La legítima defensa*, 2005, pp. 18 ss., con nota 15.

¹³³ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 304.

¹³⁴ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 324.

¹³⁵ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 316.

¹³⁶ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 316.

¹³⁷ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 316.

¹³⁸ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 317.

¹³⁹ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 318.

formulación lingüística¹⁴⁰. Frente a esto NINO observa, con razón, que la tercera constelación «no está directamente conectada con la interpretación del texto legal»¹⁴¹.

La precisión precedente es importante para detectar la especificidad de los casos que conforman la última de las tres constelaciones tematizadas por NINO. Este sugiere que aquí se trataría de casos en los cuales la aplicabilidad de la respectiva norma de sanción penal dependería de que el comportamiento en cuestión exhiba una propiedad (positiva o negativa) no exigida por el contenido conceptual de la norma. Ello es indicativo de que el problema planteado es uno del cual la teoría del derecho y del razonamiento jurídico más reciente se ha ocupado y se sigue ocupando intensamente, a saber: el problema de la *derrotabilidad* de las reglas¹⁴².

Como lo ilustra el debate suscitado acerca de este último problema, la afirmación de que la aplicación de toda norma de sanción penal podría resultar excluida por el hecho de que el caso respectivo quede codefinido por alguna propiedad, positiva o negativa, que tendría que ser considerada irrelevante en atención al contenido conceptual de la norma, pero que sería relevante en consideración a las razones que le serían subyacentes, amenaza con volver enteramente indeterminado el ámbito de aplicación de la norma en cuestión. Esto, en la medida en que la correspondiente operación de restricción teleológica no quede sometida a algún criterio (en último término) convencional, que funcione como regla de «clausura de la relevancia» de las propiedades no comprendidas por su contenido conceptual¹⁴³. Y no es en absoluto claro que las dos posibilidades (meramente) sugeridas por NINO logren evitar esta consecuencia.

En efecto, la apelación —«más tímida»— a «las razones que históricamente han sido tomadas en consideración por el legislador» trae aparejada la carga metodológica de explicitar cuál sería la vía adecuada para reconstruir la «intención del legislador», aun cuando esta sea entendida en el sentido de una «construcción lógica»¹⁴⁴. Y la apelación —«más ambiciosa»— a «las razones o políticas que *mejor* [...] *justificarían*» la legislación penal¹⁴⁵, por su parte, amenaza con difuminar la distinción entre el razonamiento jurídico y el razonamiento moral¹⁴⁶. Pues esto último equivale a hacer colapsar la distinción, célebremente introducida por ALCHOURRÓN y BULYGIN¹⁴⁷, entre la «tesis de relevancia» que enuncia el conjunto de propiedades de un universo de casos genéricos que *son* relevantes bajo un determinado sistema de normas, por un lado, y una posible «hipótesis

¹⁴⁰ Acerca de la distinción entre una norma y su formulación lingüística, véase, entre otros, VON WRIGHT, *Norm and Action*, 1963, pp. 93 ss.

¹⁴¹ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 317.

¹⁴² Para una muy exhaustiva revisión del problema, véase BAYÓN MOHINO, «Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico», *Isonomía*, (13), 2000, *passim*.

¹⁴³ Véase BAYÓN MOHINO, *Isonomía*, (13), 2000, pp. 109 ss., 112 ss., quien aptamente habla de una «convención que se autoanula» para caracterizar cómo operaría una convención que remitiera a criterios no-convencionales — como lo sería, paradigmáticamente, algún conjunto de principios de moral crítica— para identificar las excepciones implícitas que pudieran derrotar la norma de cuya presunta aplicación se trate.

¹⁴⁴ Así, NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 318, con nota 32.

¹⁴⁵ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 318 (con cursivas en el original). Para el mismo contraste, véase NINO, *La legítima defensa*, 2005, pp. 20 ss.

¹⁴⁶ Esto es algo que, en otro contexto, NINO mismo advierte, al observar que, «para que una norma sea acatada como norma jurídica, las razones que tiene el juez para tomarla en cuenta en su decisión deben ser diferentes de las razones que tuvo el legislador para dictarla», por cuanto «[e]l juez desarrolla un razonamiento jurídico en la medida en que no razona como el legislador»; así, NINO, *La validez del derecho*, 2000, p. 142.

¹⁴⁷ ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 1975, pp. 153 ss.

de relevancia» referida a cuáles *deberían ser* las propiedades relevantes de ese mismo universo de casos genéricos, por otro¹⁴⁸.

3.2. ¿Normas de enantiotelidad?

Al caracterizar la función que tendría que cumplir el principio de enantiotelidad, NINO invoca explícitamente el criterio del «fin de protección de la norma» como un antecedente doctrinal para ello¹⁴⁹. En lo inmediato, esto tiene el mérito de hacer reconocible la confusión categorial implicada en la usual caracterización de ese *topos* como un criterio de exclusión de la llamada «imputación objetiva»¹⁵⁰. Que no se trata aquí de un parámetro de *imputación* en sentido alguno¹⁵¹, sino de la premisa para una operación de restricción del correspondiente ámbito de punibilidad en razón de un juicio (deóntico) de permisibilidad, queda de manifiesto en la manera en que NINO recurre a lo que él tematiza como las respectivas «normas de enantiotelidad»¹⁵². En sus propias palabras:

«Los propósitos de una ley penal pueden ser representados como una especie de norma que proscribe la clase de acciones que la ley trata de prevenir. Si el propósito de la ley que prohíbe el tránsito de vehículos en los paseos públicos es prevenir el daño o peligro de daño para su vegetación, entonces la norma que subyace a tal ley proscibirá las acciones que tengan este efecto. [...] Estas normas se llamarán “normas de enantiotelidad”»¹⁵³.

NINO nos dice que, al usar «el no comprometido verbo “proscribir” en vez de otros obvios verbos deónticos, tales como “prohibir”», él estaría evitando tomar posición sobre «el problema de la clasificación de estas normas como prescripciones, juicios de valor u otra clase de juicios prácticos»¹⁵⁴. Tendría que ser claro, sin embargo, que el intento es teóricamente inconducente. NINO sostiene que el hecho de que «las adscripciones de enantiotelidad admit[a]n [...] comparaciones cuantitativas» volvería «raro» que las normas de enantiotelidad «fueran formuladas como prohibición [*sic*] de ciertas acciones»¹⁵⁵. Pero esto entraña un *non sequitur*. Que una acción particular pueda encontrarse más o menos cerca del umbral fijado por la respectiva norma de enantiotelidad, no obsta a que esta distribuya, binariamente, la calificación de toda acción como «proscrita» o «no proscrita» según si ella queda ubicada a uno u otro lado de ese mismo umbral.

Con todo, NINO hace suya una interpretación distinta de la posibilidad de que la enantiotelidad de una acción sea entendida como una propiedad graduable: «un acto es “más enantiotélico” que otro cuando la norma de enantiotelidad que infringe el primero es más importante que la que infringe el otro acto»¹⁵⁶. Pero esta maniobra no solo carece de idoneidad para subvertir la fuerza

¹⁴⁸ Sobre cómo esa distinción se conecta con el análisis del problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas, véase RODRÍGUEZ, «Lagunas axiológicas y relevancia normativa», *Doxa*, (22), 1999, pp. 108 ss.

¹⁴⁹ Véase NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 324, identificándolo con una construcción de la dogmática del derecho privado (alemán).

¹⁵⁰ Así, y célebremente, ROXIN, *Strafrechtliche Grundprobleme*, 1973, pp. 132 ss.

¹⁵¹ Para la denuncia de la confusión categorial que subyace a la concepción misma de una «imputación objetiva», fundamental KINDHÄUSER, «Objektive und subjektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt», en BYRD/JOERDEN (coords.), *Philosophia Practica Universalis. Festschrift für Joachim Hruschka*, 2005, pp. 532 ss.

¹⁵² NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 328 ss.

¹⁵³ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 328 ss.

¹⁵⁴ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 328, nota 39.

¹⁵⁵ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 328, nota 39.

¹⁵⁶ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 329.

deóntica atribuible a las normas de enantiotelidad, sino que descansa en una falacia generada por la extrapolación (velada) de la ambigüedad que exhibe el término «antijuridicidad», tal como este es tradicionalmente empleado para designar la correspondiente categoría dogmática. En efecto, la maniobra de NINO apunta a asimilar el juicio de enantiotelidad a una predicación de «antijuridicidad material». Sin embargo, esto no legitima la sugerencia de que un comportamiento particular podría ser *más o menos* enantiotélico en comparación con algún otro comportamiento particular. Pues, *mutatis mutandis*, no tiene sentido alguno decir que, por el hecho de que la prohibición del homicidio sea más importante que la prohibición del hurto, un comportamiento constitutivo de homicidio sería, *ceteris paribus*, «más antijurídico» que un comportamiento constitutivo de hurto.

No obstante lo anterior, la postulación de semejantes «normas de enantiotelidad» resulta reveladora de algunos compromisos teóricos de NINO, quien nos dice que, al introducir la noción de normas de enantiotelidad,

«[m]e inclino a adoptar una manera de hablar que rescata algunas ventajas pragmáticas que se presentan en el lenguaje continental de la antijuridicidad desde que BINDING propuso su “teoría de las normas”, desechando al mismo tiempo la metafísica que se esconde tras de ese lenguaje»¹⁵⁷.

En lo inmediato, hay que preguntarse cuáles serían las «ventajas pragmáticas» asociadas al aparato conceptual de una teoría de las normas como la articulada por BINDING. Es dudoso que la distinción bindingiana entre «leyes penales» y «normas»¹⁵⁸, que contemporáneamente reformulamos diferenciando las normas de sanción penal frente a las normas de comportamiento que ellas refuerzan¹⁵⁹, resulte compatible con, o en todo caso provechosa para, una teoría de la justificación de la pena como la defendida por NINO. Esta última se distingue por atribuir a las leyes penales la finalidad inmediata de la evitación del menoscabo de las condiciones de autonomía que se presentan como merecedoras de protección. Bajo una concepción orientada según el modelo de teoría de las normas de BINDING, en cambio, esa finalidad de protección, referida a lo que él tematizara como «bienes jurídicos»¹⁶⁰, solo es predicable de las normas de comportamiento. Y el correspondiente reforzamiento punitivo hace posible que la desautorización de una o más normas de comportamiento se constituya como el objeto de referencia de una reacción punitiva, cuya finalidad sería reafirmar la pretensión de autoridad de la o las normas quebrantadas. De ahí que las ventajas pragmáticas que NINO cree encontrar en un aparato conceptual semejante no admitan ser reconducidas al rendimiento más obvio que tiene un modelo como el de BINDING.

Como alternativa, cabría asumir que la utilidad de la distinción entre las «leyes penales» y las normas de enantiotelidad, las cuales proveerían «la base de la antijuridicidad del acto delictivo»¹⁶¹, se reduce a que estas últimas servirían como parámetro teleológico para la aplicación restrictiva de las primeras. Pero también esto estaría en las antípodas del modelo teórico de BINDING. Para este, un comportamiento que realiza el supuesto de hecho de una ley penal cuenta, *ex definitione*, como un comportamiento que contraviene la norma que subyacería

¹⁵⁷ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 328.

¹⁵⁸ Fundamental, BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 1, 4ª ed., 1922, pp. 3 ss., 7 ss., 35 ss.

¹⁵⁹ Al respecto, MAÑALICH RAFFO, *Revus*, (44), 2021, pp. 27 ss., 40 ss.

¹⁶⁰ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 1, 4ª ed., 1922, pp. 329 ss., 338 ss.

¹⁶¹ Así, NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 73.

a ella. Precisamente en esto descansa la factibilidad del método de la individuación de las normas (de comportamiento) «a partir de las leyes penales»¹⁶². Para NINO, en cambio, la identificación de las normas de enantiotelidad, en cuanto normas *implícitas*, no puede tener como punto de partida la formulación de las leyes penales cuya aplicación restrictiva aquellas tendrían que posibilitar, precisamente porque la postulación de aquellas descansa en la hipótesis de que las leyes penales resultarían ser (sistemáticamente) sobreincluyentes. Si la función de las normas de enantiotelidad es hacer posible una determinación del ámbito de aplicación de las leyes penales, de manera tal que este *no* resulte coextensivo con el ámbito de aplicación que se obtendría de la captación del sentido de su propia formulación lingüística¹⁶³, entonces es necesario poder *contraponer* unas y otras bajo la hipótesis de que su respectivo contenido semántico podría ser (significativamente) discrepante.

El problema que esto arroja consiste en la muy peculiar representación que NINO parece tener del comportamiento lingüístico de aquel hablante institucional que llamamos «legislador», aun haciendo abstracción de la dificultad de asimilar la interpretación de un texto legal a una interpretación conversacional¹⁶⁴. Porque si es posible identificar, en la forma de una «norma de enantiotelidad», los propósitos de la correspondiente ley penal, y se asume que esos propósitos especifican «la clase de acciones que la ley trata de prevenir»¹⁶⁵, ¿no cabría esperar, entonces, que esos propósitos resultaran *transparentemente* reconocibles a partir de la formulación misma de la ley penal? Dicho de otra manera, ¿qué justifica la asunción de que la clase de acciones que la ley trata de prevenir no sería, en general, coextensiva con la clase de acciones que la respectiva ley penal declara punibles?

NINO nos brinda una ejemplificación del problema recién planteado en el marco de su análisis de las formas de comportamiento punible que podemos reconducir a la categoría de los delitos de peligro abstracto, en referencia a lo cual NINO concede que

«hasta en los casos en que la articulación de la política o razón de la ley muestra que el objetivo último es prevenir acciones que tienen alguna consecuencia dañina que no está categorizada en la descripción legal, podría haber motivos para suponer que el propósito de la ley fue lograr ese objetivo mediante la prevención de *todas* las acciones que tuvieran exactamente las propiedades mencionadas en esa descripción»¹⁶⁶.

La explicación que NINO ofrece de por qué, en algunos ámbitos puntuales, cabría asumir que la ley penal reflejaría transparentemente los propósitos que subyacerían a su formulación apunta al hecho de que, en esos mismos ámbitos, «la deliberación del agente acerca de si la acción descrita será o no perjudicial o peligrosa está sumamente expuesta a error, o es auto-frustrante», por lo cual sería

¹⁶² BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 1, 4ª ed., 1922, pp. 36 ss., según quien la respectiva norma, *qua* «imperativo», se correspondería con la «formulación contradictoria» de la condición de aplicación de la ley penal que tipifica la forma básica del correspondiente hecho punible.

¹⁶³ Según ya se observara, la restricción teleológica del ámbito de aplicación de una ley penal que, de acuerdo con NINO, descansaría en la invocación de una norma de enantiotelidad *no* se correspondería con el resultado de la interpretación de su formulación lingüística.

¹⁶⁴ Sobre este problema, véase CANALE/POGGI, «Pragmatics Aspects of Legislative Intent», *The American Journal of Jurisprudence*, (64), 2019, *passim*.

¹⁶⁵ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 328.

¹⁶⁶ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 321.

«razonable presumir que la ley trata de proscribir todas las acciones que caen bajo la descripción legal, sobre la base de que la probabilidad del daño aumentaría si se permitiera a los individuos estimar esa probabilidad»¹⁶⁷.

Así, sería el «peligro implícito en la deliberación misma de los posibles agentes» aquello que «la ley puede haber tratado de prevenir [...] mediante la ampliación de la clase de acciones proscriptas», lo cual serviría como «interpretación razonable de leyes como la que reprime la violación de la señalización del tránsito»¹⁶⁸. Inmediatamente a continuación, sin embargo, NINO añade que esa misma «interpretación» no sería admisible tratándose de «una amplia variedad de casos en los que no hay razón para atribuir al legislador el propósito de alcanzar la prevención de una cierta clase de acciones por medio de la proscripción de otra clase más amplia», de lo cual se seguiría que «la hipótesis de una divergencia no querida entre la política y el contenido de la ley resulta razonable»¹⁶⁹.

Pero de nuevo: ¿qué indicador, distinto de la formulación lingüística de la respectiva ley penal, podría ser sistemáticamente más adecuado que este último para identificar los propósitos que el legislador habría perseguido al ponerla en vigor? Desde este punto de vista, la apelación a una norma de enantiotelidad, no susceptible de ser postulada como simple hipótesis reconstructiva a partir de la formulación de la correspondiente norma punitiva, es del todo equiparable a la maniobra consistente en condicionar la punibilidad de un comportamiento a título de un delito de peligro abstracto a la satisfacción de una exigencia —no susceptible de ser extraída a partir de la formulación de la norma de sanción que lo tipifica— de que a lo menos haya existido «la posibilidad, reconocible para el autor, de que su acción conduzca a una lesión del bien jurídico protegido»¹⁷⁰. Y semejante maniobra de ninguna manera admitiría ser justificada en referencia a las finalidades perseguidas por el legislador mediante la tipificación del correspondiente delito. Pues, definitorio de la estructura típica de un delito de peligro abstracto es que la forma de menoscabo típicamente relevante para el respectivo bien jurídico es enteramente insensible a la eventualidad de la materialización de un resultado de peligro concreto o —*a fortiori*— de lesión para el bien jurídico en cuestión¹⁷¹. Con ello, la restricción buscada es conseguida *contra legem*.

Crucial en el argumento de NINO es la consideración de que sólo en determinados contextos específicos cabría asumir que la realización de la finalidad atribuible a la respectiva regulación legal dependería de que esa regulación provea razones que desplacen la deliberación individual del agente acerca de cómo habría de comportarse en la correspondiente situación. Esto se encuentra internamente conectado con el hecho de que NINO haga suya una concepción del derecho que se distingue por desconocer que las normas jurídicas puedan funcionar como auténticas razones para la acción. Y tal como se procurará mostrar más abajo, esto necesita ser puesto en relación con el marcado antirretribucionismo que se manifiesta en su concepción de la justificación de la pena¹⁷².

¹⁶⁷ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 321 ss.

¹⁶⁸ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 322.

¹⁶⁹ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 322.

¹⁷⁰ Así reza la formulación ofrecida por FRISTER, *Derecho Penal. Parte General*, 2016, nm. 3/25, aunque para rechazar, acertadamente, la tesis en cuestión.

¹⁷¹ Fundamental al respecto, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 287 ss., 292 ss. Véase también MAÑALICH RAFFO, «Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal», *Revista Chilena de Derecho*, (48), 2021, pp. 81 ss., 84 ss.

¹⁷² Véase *infra*, 4.2.

4. Antirretribucionismo, autoridad del derecho y democracia

4.1. La negación de la normatividad jurídica

Ya tuvimos ocasión de considerar la manera en que NINO pretende hacer aprovechables ciertas ventajas pragmáticas que él asocia al «lenguaje continental de la antijuridicidad», mas «desechando al mismo tiempo la metafísica que se esconde tras ese lenguaje»¹⁷³. Una pista relevante en cuanto al alcance preciso de esta objeción aparece en su denuncia de la oscuridad exhibida por la noción (positiva) de antijuridicidad, tomada como categoría de la teoría general del hecho punible, que NINO nos ofrece en su trabajo dedicado a «la definición de “delito”»¹⁷⁴. Allí declara NINO que

«[n]o son admisibles las teorías que juzgan el desvalor del delito basándose en dogmas inefables y trascendentes, ni las fórmulas vacuas que no son susceptibles de verificación [...]. Pero las teorías, que se remiten a valoraciones sociales vigentes o a la ideología del conjunto del derecho positivo, no deben ser rechazadas por cuestiones acerca de la competencia de la ciencia jurídica, ni por opiniones estrechas que entienden que lo único que se puede describir en el derecho es un conjunto de normas particulares, que deben ser reducidas a una limitadísima especie (a saber: las órdenes respaldadas por sanciones)»¹⁷⁵.

El pasaje vuelve claro que NINO se muestra proclive a adoptar una respuesta pluralista —y, por ende, no reduccionista— a la pregunta por las clases de normas, estándares y en general ítems susceptibles de ser identificados como las «piezas» de un sistema jurídico. Al mismo tiempo, y sensatamente, él entiende que esa identificación tendría que someterse a un criterio operacionalmente controlable. Este constreñimiento es explícitamente enunciado por NINO cuando, en otro contexto, observa que

«[n]o se ha ofrecido un criterio operativo para determinar en cada caso si una conducta es o no antijurídica independientemente de la existencia de una causa de justificación prevista en el derecho positivo»¹⁷⁶.

Inmediatamente a continuación, él agrega lo siguiente:

«El recurrir a ciertas normas prohibitivas subyacentes a la ley penal es ineficaz en la medida en que no se determine con suficiente claridad la forma de inferir tales normas. Los que apoyan la solución “legalista” de inferirlas del conjunto del derecho positivo, nunca han mostrado satisfactoriamente cómo opera ese procedimiento en casos concretos y cómo puede evitarse la posibilidad de que del conjunto del derecho positivo se infieran normas de antijuridicidad contradictorias»¹⁷⁷.

Esta advertencia de NINO acerca de la falta de rigurosidad con la que usualmente se echa mano a la tematización de «la» norma quebrantada a través de tal o cual comportamiento delictivo, a

¹⁷³ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 328.

¹⁷⁴ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 187 ss.

¹⁷⁵ NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 200.

¹⁷⁶ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 97.

¹⁷⁷ NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 98.

pesar de que resulta infundado en lo que respecta a la obra de BINDING¹⁷⁸, es del todo pertinente frente a cómo suele desenvolverse el trabajo dogmático que pretende apoyarse en la «teoría de las normas».

Pero hay otro aspecto de la concepción que NINO tiene de las normas jurídicas que, si bien no queda explícitamente conectado con el problema anterior, es aún más importante para comprender su aproximación general a la pregunta por la justificación del castigo. Según ya se anticipara, se trata del argumento que NINO presenta para sustentar la tesis de que «las normas jurídicas no expresan razones operativas autónomas para justificar decisiones, salvo cuando ellas son identificadas con juicios morales»¹⁷⁹. Siguiendo a RAZ, NINO entiende por «razón operativa» aquello que puede ocupar el lugar de una «premisa de deber ser que en sí misma podría constituir una razón completa para alguna acción»¹⁸⁰. De ahí que, en sus propios términos, la tesis recién reproducida pueda ser reformulada como la tesis de que las normas jurídicas no admiten ser identificadas con razones obligantes para la acción¹⁸¹.

Esta proposición se deriva de otra tesis, célebremente defendida por NINO en el campo de la filosofía del derecho, a saber: la tesis de «la irrelevancia práctica del derecho»¹⁸², que lo lleva a enunciar lo que él denomina «la paradoja de la irrelevancia del gobierno y de sus leyes»:

«Si para que una norma jurídica o una ley justifique una acción o decisión debemos inevitablemente mostrar que ella deriva de principios morales asumidos como válidos, ¿por qué no buscar la justificación de tal acción y decisión directamente en esos principios morales?»¹⁸³

Para disolver la paradoja así formulada, NINO recurre a su asimismo célebre concepción deliberativa de la democracia, que descansa en el reconocimiento del valor epistémico que exhibiría el proceso democrático como tal¹⁸⁴. Esta maniobra filosófica ha sido sometida a una crítica exhaustiva por parte de MONTI, quien muestra cómo NINO no logra diferenciar adecuadamente dos estrategias distintas que emergen en su argumentación¹⁸⁵. Mientras que una de estas estrategias identifica la autoridad de la que estaría revestida una decisión (normativa) obtenida como resultado del proceso democrático con una forma de autoridad propiamente epistémica, la otra la identifica con una forma de autoridad práctica (aun cuando: epistémicamente fundamentada). Este no es el lugar para entrar en este último problema. Pero sí interesa hacer notar que el tratamiento que NINO da al problema de la (ir)relevancia práctica

¹⁷⁸ Véase BINDING, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, t. 1, 2ª ed., 1902, pp. 4 ss., 8 ss., 20 ss., donde se encuentra esbozado un programa para lo que *stricto sensu* cabría llamar una «parte general de la parte especial».

¹⁷⁹ NINO, *La validez del derecho*, 2000, pp. 125 ss., 143.

¹⁸⁰ NINO, *La validez del derecho*, 2000, p. 131. Al respecto, RAZ, *Practical Reason and Norms*, 2ª ed., 1990, pp. 33 ss.; latamente sobre ello, MAÑALICH RAFFO, «Norms, Authority, and Practical Reason. On Raz's Conception of Legal Normativity», *Rechtsphilosophie*, (4), 2022, pp. 407 ss., 411 ss.

¹⁸¹ Al respecto, MALEM SEÑA, *Derechos y libertades*, (2-3), 1994, pp. 43 ss.

¹⁸² Véase NINO, *Juicio al mal absoluto*, 2ª ed., 2015, pp. 248 ss.

¹⁸³ NINO, *Juicio al mal absoluto*, 2ª ed., 2015, pp. 251 ss. Para un análisis pormenorizado de la pretendida paradoja, en referencia inmediata a lo que él denomina la «constitución histórica», véase NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, 1997, pp. 42 ss., 47 ss.

¹⁸⁴ Véase NINO, *Juicio al mal absoluto*, 2ª ed., 2015, pp. 252 ss. Al respecto, NINO, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., 1989, pp. 367 ss., 387 ss.; asimismo, y pormenorizadamente, NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, 1998, pp. 154 ss., 166 ss. Sobre ello, véase MALEM SEÑA, *Derechos y libertades*, (2-3), 1994, pp. 48 ss.

¹⁸⁵ MONTI, «La paradoja de la superfluidad del derecho y el valor epistémico de la democracia», *Análisis Filosófico*, (35-1), 2015, pp. 134 ss., 138 ss., 148 ss.

del derecho se basa, crucialmente, en un presupuesto que debe ser explicitado, a saber: «el principio de *unidad* del razonamiento práctico, que evita la indecidibilidad de las acciones regidas por una pluralidad de razones», y que explicaría «el rasgo de la *integración* de las razones», consistente en que estas puedan agruparse «en un sistema guardando cierto orden jerárquico»¹⁸⁶.

A este respecto, es particularmente revelador que, en su esfuerzo por sustentar la proposición de que «las razones operativas últimas de un razonamiento jurídico justificatorio (i.e., de uno que toma en cuenta el hecho de la existencia de reglas jurídicas) no pueden ser «razones jurídicas»»¹⁸⁷, BAYÓN invoque a NINO como quien habría detectado las dificultades fundamentales a las que se enfrentaría una concepción que, como la de HART, pretende afirmar la autonomía de la autoridad práctica exhibida por las normas jurídicas¹⁸⁸. Una defensa del postulado de la unidad del razonamiento práctico como la ofrecida por BAYÓN descansa, decisivamente, en la hipótesis de que el universo de las razones para la acción de las que pudiera disponer un agente se reduciría a dos clases fundamentales, a saber: la clase de las razones prudenciales, que remiten al auto-interés del agente, y la clase de las razones (no prudenciales) capaces de prevalecer frente a aquellas¹⁸⁹. Y la categorización unitaria de estas últimas como «razones morales» respondería, según BAYÓN, a la necesidad de «considerar razones *del mismo tipo* a todas las que [el agente] acepta como dominantes sobre las prudenciales»¹⁹⁰. Pues, «[d]e lo contrario, estaríamos fragmentando o desintegrando el discurso práctico en esferas o ámbitos independientes», lo cual «tendría como consecuencia una indeseable proliferación de sentidos no conmensurables en los que podría decirse que una acción está «justificada»»¹⁹¹.

Hay buenos argumentos para desechar semejante reducción del universo de las razones prácticas capaces de exhibir fuerza normativa a una única categoría¹⁹². Aquí solo cabe apuntar que, si — contra NINO y BAYÓN — se admite la posibilidad de reconocer una significación práctica autónoma a las normas jurídicas en cuanto razones perentorias e «independientes del contenido»¹⁹³, entonces con ello deviene posible identificar la finalidad de la punición estatal con la reafirmación de la autoridad del derecho, sin que ello suponga asumir un compromiso con alguna variante de iuspositivismo ideológico.

¹⁸⁶ NINO, *La validez del derecho*, 2000, p. 133 (con cursivas en el original).

¹⁸⁷ BAYÓN MOHINO, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, 1991, p. 737.

¹⁸⁸ Véase BAYÓN MOHINO, *La normatividad del derecho*, 1991, pp. 719 ss., 721.

¹⁸⁹ Al respecto, BAYÓN MOHINO, *La normatividad del derecho*, 1991, pp. 711 ss.

¹⁹⁰ BAYÓN MOHINO, *La normatividad del derecho*, 1991, p. 723 (con cursivas en el original).

¹⁹¹ BAYÓN MOHINO, *La normatividad del derecho*, 1991, pp. 723 ss.

¹⁹² Para dos diferentes enfoques antirreduccionistas a este respecto, véase, por un lado, BRANDOM, *Making it Explicit*, 1994, pp. 243 ss., 249 ss.; y, por otro, SCANLON, *Being Realistic about Reasons*, 2014, pp. 69 ss., 76 ss., 90 ss. Que la defensa del postulado de la unidad del razonamiento práctico, en cuanto comprometida con la existencia de razones prudenciales y razones morales, descansa en la validación de una forma de pluralismo en cuanto a las categorías de razones ontológicamente admitidas, ha sido perspicazmente observado por YAFFE, «Legal Reasons, *Legal Desert, Legal Culpability: Reply to Guerrero, Kelly and Mendlow*», *The Journal of Ethics*, (24), 2020, pp. 297 ss.

¹⁹³ Al respecto, y en detalle, MAÑALICH RAFFO, *Rechtsphilosophie*, (4), 2022, pp. 425 ss. Para una defensa de la autonomía de lo que cabría llamar «razones jurídicas» para la acción, véase YAFFE, *The Age of Culpability*, 2018, pp. 126 ss. Desde premisas teóricas parcialmente divergentes, la autonomía de la autoridad del derecho *qua* especie de autoridad práctica ha sido persuasivamente defendida por LUDWIG, «The Social Construction of Legal Norms», en GARCÍA-GODINEZ/MELLIN/HEIKKI TUOMELA (eds.), *Social Ontology, Normativity and Law*, 2020, pp. 198 ss.

4.2. La producción democrática del derecho como precondition de la legitimidad de la reafirmación punitiva de su autoridad

Una reconstrucción crítica de la objeción distintivamente liberal que NINO dirige contra las concepciones retribucionistas del castigo ha sido ofrecida por FERNÁNDEZ FIKS, en términos que hacen reconocible la falta de plausibilidad de esa objeción en tres de sus ángulos primordiales, a saber: (1) la denuncia de que el retribucionismo no sería respetuoso de la autonomía personal del condenado; (2) la afirmación de que el retribucionismo implicaría una validación de una forma de subjetivismo que pretendidamente llevaría a la necesaria equiparación penológica entre consumación y tentativa; y (3) la sugerencia de que el retribucionismo haría del carácter del condenado el objeto de reproche jurídico-penal¹⁹⁴.

En cada uno de esos tres frentes, una concepción secular de la pena retributiva se muestra inmune al cargo que, respectivamente, NINO le dirige. En cuanto a lo primero, la denuncia de NINO pasa enteramente por alto, en lo inmediato, que en particular en su variante kantiana tal concepción descansa en lo que cabe denominar el «principio del respeto», que KANT articula de un modo que, entre otras cosas, lleva a una refutación del «principio del consentimiento» que postulara BECCARIA¹⁹⁵. En cuanto a la supuesta implicación «subjetivista» que tendría toda forma de retribucionismo, basta con advertir que, si se asume consistentemente la distinción entre el *objeto* y el *fundamento* de la respectiva imputación, a favor de la solución de la diferenciación penológica entre consumación y tentativa habla decisivamente la consideración de que, en referencia a *aquello* que se imputa, la incorrección objetiva del comportamiento imputable al agente se corresponde con una *base de merecimiento* que es privativa de una punibilidad a título de delito consumado¹⁹⁶. Y en cuanto a la supuesta implicación de que la culpabilidad punitivamente «retribuida» no podría sino asumir la forma de una culpabilidad por el carácter, en su argumentación NINO desconoce que, en la tradicional contrastación de los conceptos de culpabilidad por el hecho y culpabilidad por el carácter, la preposición «por» tiende a exhibir una ambigüedad sistemática. Pues las frases «por el hecho» y «por el carácter» pueden designar o bien el *objeto de referencia* del reproche sustentado en la adscripción de culpabilidad, o bien el *sustrato* sobre el cual descansa esa adscripción.

En efecto, una fundamentación «compatibilista» de la culpabilidad jurídico-penal como base de merecimiento, que *pace* NINO puede encontrar apoyo en su agudo análisis del «problema del libre albedrío» como posible amenaza para las atribuciones de responsabilidad¹⁹⁷, necesita apelar a la posibilidad de que el comportamiento susceptible de ser imputado a algún agente sea interpretado como expresivo de su propia identidad. De esto depende la legitimidad de un reproche jurídico-penal, en cuanto estrictamente *referido* a una instancia particular de

¹⁹⁴ Véase FERNÁNDEZ FIKS, «Retribucionismo y liberalismo en la teoría de Carlos Nino», *En Letra: Derecho Penal*, (6-9), 2019, pp. 105 ss., 111 ss., 123 ss. Para una convincente reconstrucción, igualmente crítica, de la objeción «antiperfeccionista» que NINO pretende dirigir contra las concepciones retribucionistas de la pena estatal, en referencia específica a su pretendido compromiso con una forma especialmente extrema de subjetivismo y con un modelo de culpabilidad por el carácter, véase BEADE, *Inculpación y castigo*, 2017, pp. 44 ss., 46 ss., 50 ss.

¹⁹⁵ En detalle al respecto, MAÑALICH RAFFO, *Revista de Ciencia Política*, (38), 2018, pp. 512 ss., 517 ss., con referencias ulteriores.

¹⁹⁶ Véase MAÑALICH RAFFO, «Azar, control e imputación. El derecho penal ante la suerte moral», *Política Criminal*, (17-35), 2023, pp. 231 ss., a propósito del problema de la «suerte consecuencial».

¹⁹⁷ Véase NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, pp. 351 ss.; también NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, 1987, pp. 101 ss.

quebrantamiento del derecho, aunque *fundado* en el reconocimiento de la autonomía agencial manifestada en esa misma instancia de quebrantamiento del derecho¹⁹⁸. Así, la persona contra quien se dirige la respectiva reacción punitiva es declarada culpable *de* un hecho (delictivo), mas *en virtud de* que el hecho le es atribuido como suyo, en el sentido de que el hecho, en la medida en que le es imputable, ha de ser interpretado como una expresión, puntual y acotada, de su propia identidad¹⁹⁹. Este es precisamente el sentido en el cual, según BINDING, todo delito en general sería una «autorrealización de la culpabilidad»²⁰⁰.

Pero el argumento así apenas esbozado se encontraría indefectiblemente incompleto si no se explicitara que, bajo un modelo de derecho penal que honre el llamado «mandato de neutralidad del derecho»²⁰¹, semejante autorrealización de la culpabilidad exhibe un valor declarativo puramente *negativo*. La culpabilidad jurídico-penal no consiste más que en el *déficit* de fidelidad al derecho expresado a través del respectivo quebrantamiento de la norma en cuestión. Desde este punto de vista, la imputación jurídico-penal asume la forma de un programa de racionalización negativa, cuya estructura queda definida por lo que BINDING aptamente denominara la «psicología esotérica del derecho»²⁰². De esto se sigue, empero, que los partidarios de semejante concepción retribucionista de la pena *no* podemos «apoyar[nos] únicamente en las actitudes subjetivas del sujeto activo»²⁰³. Pues, *pace* NINO²⁰⁴, la intención positivamente perseguida por el potencial autor, así como los motivos por los cuales se haya formado, eventualmente, semejante intención, carecen de toda relevancia como factor de imputación²⁰⁵. Bajo una concepción como la aquí delineada, lo único susceptible de ser jurídico-penalmente reprochado a una persona es no haber transformado la norma en motivo dominante para evitar el comportamiento que ella de hecho no evitó, pero que habría podido evitar si hubiera reconocido esa norma como premisa vinculante²⁰⁶. Así, en consideración tanto a su contenido como a sus presupuestos, semejante reproche fundado en la correspondiente atribución de culpabilidad no exhibe connotación perfeccionista alguna.

En lo que aquí interesa, la fisonomía de un modelo de derecho penal retributivo así orientado se adecua sin más a la siguiente descripción ofrecida por BELING:

«En las manos del Estado, la retribución, que según su propia idea es “ética”, necesariamente tiene que transformarse en retribución “jurídica”. Pues el Estado como tal no es un guardián de la virtud, sino que sólo regula —en una tendencia socialmente eudemonística— la coexistencia exterior de los sujetos de derecho (*Rechtsgenossen*).

¹⁹⁸ Al respecto, MAÑALICH RAFFO, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, 2018, pp. 45 ss., con referencias ulteriores.

¹⁹⁹ En detalle sobre esto, MAÑALICH RAFFO, «El concepto de acción y el lenguaje de la imputación», *Doxa*, (35), 2012, pp. 677 ss., 682 ss.

²⁰⁰ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 2, 2ª ed., 1914, p. 293.

²⁰¹ Fundamental al respecto, KINDHÄUSER, «La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad», en KINDHÄUSER/MAÑALICH RAFFO, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2ª ed., 2011, pp. 68 ss., 75 ss., 82 ss.

²⁰² Véase BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 2, 2ª ed., 1914, pp. 3 ss.

²⁰³ En la dirección opuesta, NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, p. 77.

²⁰⁴ Véase NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, 2008, pp. 76 ss.

²⁰⁵ Acerca de la conexión que se deja establecer entre los conceptos de intención y de motivo, desde el punto de vista de la filosofía de la acción, véase *supra*, nota 92.

²⁰⁶ En detalle al respecto, MAÑALICH RAFFO, *Norma, causalidad y acción*, 2014, pp. 23 ss.

Con ello, para el Estado queda desde ya descartada toda reacción contra un actuar éticamente defectuoso como tal; por vía de retribución él solamente reacciona contra un actuar contrario al Estado = estatalmente prohibido = antijurídico»²⁰⁷.

Ello vuelve indubitable que una concepción retribucionista de la pena jurídica como la aquí bosquejada presupone una forma de iuspositivismo «teórico» à la BOBBIO²⁰⁸, que más rigurosamente habría que caracterizar en la forma de un iuspositivismo *ontológico*: el conjunto de normas y estándares que son identificados como los ítems que conforman un sistema jurídico cualquiera es un conjunto cuyos componentes satisfacen una «condición de pedigrí» asociada a su producción o reconocimiento estatal²⁰⁹. Pero sería un error manifiesto confundir esto último con la supuesta validación de una forma de iuspositivismo *ideológico*, a saber: con la tesis de que el hecho de que una norma exhiba validez jurídica conllevaría, *eo ipso*, la existencia de un «deber moral» de obedecerla²¹⁰. Pues, según ya mostrara, esta conclusión presupone la aceptación del postulado de la unidad del razonamiento práctico, que precisamente se distingue por negar la autonomía de la normatividad jurídica como una normatividad irreductible tanto al dominio de la racionalidad prudencial como al dominio del razonamiento moral.

Desde el punto de vista aquí asumido, es imprescindible diferenciar el hecho de que las normas de comportamiento punitivamente reforzadas bajo algún sistema jurídico en efecto lleguen a estar revestidas de autoridad, por un lado, del hecho de que ellas meramente pretendan estar revestidas de autoridad, por otro. Según RAZ, este último es un rasgo definitorio de lo que identificamos como un conjunto de normas jurídicas. Pero de ello ciertamente no se sigue que semejante pretensión de autoridad se encuentre efectivamente justificada. La propuesta que RAZ mismo nos ofrece para determinar las condiciones bajo las cuales esa pretensión estaría justificada consiste en su célebre concepción de la autoridad «como servicio», que descansa en la tesis de la «justificación normal», según la cual

«la manera normal para establecer que una persona tiene autoridad sobre otra persona supone mostrar que el presunto súbdito probablemente vaya a atenerse mejor a las razones que le son aplicables (distintas de las directivas de la presunta autoridad) si él acepta las directivas de la

²⁰⁷ BELING, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, 1908, p. 50. En detalle acerca de la variante de concepción retribucionista de la pena estatal defendida por BELING, véase MAÑALICH RAFFO, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, 2018, pp. 38 ss., 50 ss.

²⁰⁸ Véase BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, 1991, p. 49: «Por positivismo jurídico como teoría entiendo aquella concepción particular del derecho que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: el Estado. Se trata de aquella común identificación del positivismo jurídico con la teoría estatal del derecho». Que semejante aproximación a la ontología del derecho no ha devenido enteramente implausible, aun en un contexto cultural favorable al paradigma del llamado «pluralismo jurídico», lo muestra el análisis que SHAPIRO ha ofrecido de la capacidad de «autocertificación» —fundante de una correspondiente «presunción de validez— como marca de juridicidad: se trataría de una propiedad graduable que, con todo, tendería a ser exhibida en una magnitud particularmente elevada por aquellos sistemas de normas cuya producción o reconocimiento es imputable a una organización que tiene forma de Estado; véase SHAPIRO, *Legality*, 2011, pp. 217 ss., 220 ss., 223 ss.

²⁰⁹ Que, en particular referencia al positivismo jurídico asumido por BINDING, ello no puede ser confundido con una forma de iuspositivismo «legalista», ha sido concluyentemente demostrado por ORTIZ DE URBINA GIMENO, *La excusa del positivismo jurídico*, 2007, pp. 115 ss., 139 ss.

²¹⁰ Tal es la orientación de la caracterización (peyorativa) ofrecida por BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, 1991, pp. 52 ss. Para una reconstrucción crítica del planteamiento de BOBBIO a este respecto, véase ATRIA LEMAITRE, *La forma del derecho*, 2016.

presunta autoridad como autoritativamente vinculantes y trata de seguir las, en vez de intentar seguir directamente las razones que le son aplicables»²¹¹.

Esta concepción se distingue por ser insensible al modo de producción de las normas que exhiben la correspondiente pretensión de autoridad, por cuanto ella ignora, más básicamente, la significación política del desacuerdo potencialmente existente entre los ciudadanos de una democracia en cuanto a cómo ha de organizarse la forma de vida que ellos comparten²¹². En contraste con esto, una reformulación de la pregunta por la obligatoriedad del derecho como una pregunta concerniente a la justificación propiamente *política* de su pretensión de autoridad lleva a atender, crucialmente, al modo de producción de las normas en cuestión, en la medida en que esa justificación política sea redefinida como una justificación estrictamente democrática.

En efecto, si se satisfacen las condiciones de las cuales depende que la producción legislativa de una norma confiera a esta el carácter de una resolución públicamente aceptable de un desacuerdo concerniente al estatus normativo de la forma de comportamiento sometida a esa misma norma, en la medida en que el proceso resultante en su puesta en vigor haya honrado la posibilidad de igual participación en la correspondiente toma de decisión, entonces esa norma justificadamente exhibirá la pretensión de vincular, en lo inmediato, a todos aquellos a quienes se reconoce dicha posibilidad de igual participación, aun en caso de su eventual falta de adhesión sustantiva a la norma así producida. Justamente en esto descansa la manera en que el proceso democrático contribuye a materializar la posibilidad de que las normas que exhiben validez jurídica lleguen a obligar *con independencia de su contenido*²¹³.

4.3. La tensión entre liberalismo y democracia

Es claro que un enfoque como el recién bosquejado no podría recibir el beneplácito de NINO. Pues este, analizando la concepción tradicionalmente atribuida a ROUSSEAU, rechaza incondicionalmente la aceptabilidad de un modelo soberanista de democracia, esto es, un modelo de democracia erigido sobre la noción de soberanía popular²¹⁴. Especial importancia tiene aquí el hecho de que NINO conceda que un modelo soberanista de la democracia popular en efecto lograría superar «la paradoja de la superfluidad del derecho»²¹⁵. Su rechazo de tal modelo remite, más bien, a una preocupación marcadamente liberal, fundada en que «la visión de la democracia que la asocia a la soberanía popular puede sólo ser entendida a través de [una] concepción orgánica o colectivista del pueblo»²¹⁶, la cual dependería de una muy problemática «ontología colectivista», a la vez que sería tendencialmente favorable a la emergencia de «prácticas autoritarias»²¹⁷.

²¹¹ RAZ, *The Morality of Freedom*, 1986, p. 53 (con supresión de las cursivas del original).

²¹² Sobre esto, MAÑALICH RAFFO, *Rechtsphilosophie*, (4), 2022, pp. 432 ss.

²¹³ Más detenidamente sobre esto, MAÑALICH RAFFO, *Rechtsphilosophie*, (4), 2022, pp. 425 ss.

²¹⁴ Véase NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, 1997, pp. 133 ss.

²¹⁵ NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, 1997, p. 136.

²¹⁶ NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, 1997, p. 136.

²¹⁷ NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, 1997, p. 137.

De esta manera, NINO identifica la tensión, infrecuentemente advertida por los cultores de la teoría jurídica²¹⁸, entre el compromiso liberal con el resguardo de la libertad negativa a través de los arreglos institucionales definitorios de un Estado de derecho, por un lado, y el compromiso democrático con la práctica del autogobierno, por otro. Que frente a esa tensión NINO indudablemente haga prevalecer el primero de esos dos compromisos²¹⁹, quizá en parte se explique por su problemática asunción de que el camino opuesto no podría más que descansar en una concepción «orgánica» —esto es: esencialista— del pueblo. Pero al asumir esto último, NINO deja completamente inexplorada la posible articulación de un concepto (políticamente) «constructivista» de pueblo, que identifique este con un sujeto colectivo cuya existencia sea ininteligible al margen de una praxis *representacional*, al interior de la cual el pueblo no es más que la entidad a cuyo nombre alguien habla cuando habla, exitosamente, a nombre «de todos», lo cual quiere decir: de un modo que somete la formulación de la correspondiente manifestación de voluntad política a un cuantificador universal²²⁰.

De acuerdo con la tesis aquí favorecida, una justificación retribucionista de la punición jurídica, en cuanto inmediatamente orientada a la reafirmación de la pretensión de autoridad de la norma quebrantada, tiene exactamente la misma plausibilidad que la justificación política de esa pretensión de autoridad. Un planteamiento semejante se encuentra muy lejos de la caracterización de «la relación entre un sistema democrático de gobierno y el contenido de Derecho Penal» que NINO entiende acertada²²¹. Pues, en su reivindicación del valor epistémico de la democracia, NINO llega a la conclusión, considerablemente más modesta, de que

«el origen del Derecho Penal es relevante para la justificación de la pena desde que fundamenta una presunción de que los actos que tiende a prevenir son equivocados y que la pena implica daños sociales menores que los implícitos en dichos actos»²²².

Aun cuando uno no esté disponible para acompañar a NINO en esta propuesta de justificación, sería intelectualmente deshonesto no reconocer la elevadísima medida de coherencia con la que él llega a presentarnos una imagen suficientemente depurada de un modelo de derecho penal asentado en un programa de filosofía política que, en último término, reposa en una tan ambiciosa como refinada estrategia de fundamentación moral. Por eso debemos seguir analizando su obra como una que todavía nos interpela, y ello nos obliga a usar el tiempo gramatical del presente cuando hablamos de ella, como aquí se ha hecho.

²¹⁸ Lo cual se muestra en la manera en que suele ser usada, como si no entrañara tensión alguna, la expresión «democracia liberal». Críticamente al respecto, MAÑALICH RAFFO, «¿Democracia liberal o libertad democrática?», *Estudios Públicos*, (134), 2014, pp. 157 ss.

²¹⁹ Sobre esto, véase especialmente BEADE, *Inculpación y castigo*, 2017, pp. 75 ss., 80 ss.

²²⁰ Véase MAÑALICH RAFFO, *Estudios Públicos*, (134), 2014, pp. 161 ss., 164 ss.

²²¹ Así, NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, p. 13.

²²² NINO, *Fundamentos de Derecho Penal*, pp. 21 s. La constatación de esta explícita toma de posición de NINO tendría que llevar a relativizar, a lo menos, el potencial que Gargarella cree poder atribuir a su particular versión de una concepción deliberativa de la democracia para sustentar una concepción comunicativa de la pena; véase GARGARELLA, *Castigar al prójimo*, pp. 128 ss., 132 ss., 136 ss., quien llega a sugerir que, sobre la base de esa concepción de la democracia, NINO tendría que haberse acercado a defender una teoría de la pena próxima a los «enfoques comunicativos sobre el castigo», según los cuales el punto de la punición consistiría en «entablar un diálogo moral con [el ofensor], a fin de comunicarle el reproche social hacia lo que hizo» (*ibid.*, p. 139). Como ha sugerido BEADE, *Inculpación y castigo*, pp. 50 ss., 54, semejante concepción comunicativa de la pena es manifiestamente incompatible con el compromiso (inalterado) de NINO con el pretendido constreñimiento antiperfeccionista que una justificación moralmente admisible de la punición estatal tendría, inexorablemente, que observar.

5. Bibliografía

ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975.

ATRIA LEMAITRE, *La forma del derecho*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2016.

BAYÓN MOHINO, «Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico», *Isonomía*, (13), 2000, pp. 87-117.

———, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

BEADE, *Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del Derecho Penal*, Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2017.

BECCARIA, *De los delitos y las penas*, trad. por De las Casas, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2000.

BELING, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1908.

BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 1, 4ª ed., Felix Meiner, Leipzig, 1922.

———, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 3, Felix Meiner, Leipzig, 1918.

———, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. 2, 2ª ed., Felix Meiner, Leipzig, 1914.

———, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, t. 1, 2ª ed., Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1902.

BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, trad. por Garzón Valdés, Fontamara, Ciudad de México, 1991.

BRANDOM, *Making it Explicit*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-London, 1994.

CANALE/POGGI, «Pragmatics Aspects of Legislative Intent», *The American Journal of Jurisprudence*, (64), 2019, pp. 125-138.

DE LA VEGA MARTINIS, *Transparenz und Undurchsichtigkeit*, tesis doctoral, Universidad de Bonn, 2016.

DIAS, «Carlos Nino y la provocación intencional de la legítima defensa», *Enfoques Penales*, (noviembre), 2019.

FEINBERG, *Harm to Self*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1986.

FERNÁNDEZ FIKS, «Retribucionismo y liberalismo en la teoría de Carlos Nino», *En Letra: Derecho Penal*, (6-9), 2019, pp. 103-143.

FRISTER, *Derecho Penal. Parte General*, trad. por Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2016.

GARGARELLA, *Castigar al prójimo*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2016.

HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994.

HART/HONORÉ, *Causation in the Law*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1985.

HART, *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1968.

JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, t. IV, Losada, Buenos Aires, 1952.

KAGAN, *Death*, Yale University Press, New Haven-London, 2012.

KINDHÄUSER, «La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad», trad. por García Cavero, en KINDHÄUSER/MAÑALICH RAFFO, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2ª ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2011, pp. 67-114.

———, «Objektive und subjektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt», en BYRD/JOERDEN (coords.), *Philosophia Practica Universalis. Festschrift für Joachim Hruschka*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, pp. 527-542.

———, *Gefährdung als Straftat*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989.

LUDWIG, «The Social Construction of Legal Norms», en GARCÍA-GODINEZ/MELLIN/HEIKKI TUOMELA (eds.), *Social Ontology, Normativity and Law*, De Gruyter, Berlin-Boston, 2020, pp. 179-207.

MACKIE, *The Cement of the Universe*, Clarendon Press, Oxford, 1980.

MALEM SEÑA, «In Memoriam: Carlos Santiago Nino. Apuntes bio-bibliográficos», *Derechos y libertades*, (2-3), 1994, pp. 17-75.

MAÑALICH RAFFO, «Azar, control e imputación. El derecho penal ante la suerte moral», *Política Criminal*, (17-35), 2023, pp. 214-245.

———, «Norms, Authority, and Practical Reason. On Raz's Conception of Legal Normativity», *Rechtsphilosophie*, (4), 2022, pp. 406-435.

———, «Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal», *Revista Chilena de Derecho*, (48), 2021, pp. 79-100.

———, «La clausura de los sistemas de normas de sanción penal como sistemas de reglas constitutivas», *Revus*, (44), 2021, pp. 27-55.

———, «Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo», *Política Criminal*, (14-27), 2019, pp. 296-375.

———, «Respeto y retribución. La pena jurídica en la *Metafísica de las Costumbres*», *Revista de Ciencia Política*, (38), 2018, pp. 507-526.

———, *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2018.

———, *Norma, causalidad y acción*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2014.

———, «Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas», *Revista de Derecho (Coquimbo)*, (21-2), 2014, pp. 225-276.

———, «Normas permisivas y deberes de tolerancia», *Revista Chilena de Derecho*, (41), 2014, pp. 473-522.

———, «Merecimiento, distribución y teodicea: el derecho penal en la teoría rawlsiana de la justicia», en GREZ/WILENMANN/FUENZALIDA (coords.), *Una vida en la Universidad de Chile: celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés*, Legal Publishing/Thomson Reuters, Santiago, 2014, pp. 389-415.

———, «¿Democracia liberal o libertad democrática?», *Estudios Públicos*, (134), 2014, pp. 155-167.

———, «La exculpación como categoría del razonamiento práctico», *InDret*, (1), 2013.

———, «El concepto de acción y el lenguaje de la imputación», *Doxa*, (35), 2012, pp. 663-690.

MONTI, «La paradoja de la superfluidad del derecho y el valor epistémico de la democracia», *Análisis Filosófico*, (35-1), 2015, pp. 133-157.

NEUMANN, «El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena», trad. por SÁNCHEZ-OSTIZ, en ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 201-212.

NINO, *Juicio al mal absoluto*, trad. por Böhmer, 2ª ed., Siglo XXI, Buenos Aires, 2015.

———, *Fundamentos de Derecho Penal*, Gedisa, Buenos Aires, 2008.

———, *La legítima defensa. Fundamentación y régimen jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 2005.

———, *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2003.

———, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2000.

———, *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. por Saba, Gedisa, Barcelona, 1997.

———, *Algunos modelos metodológicos de "ciencia" jurídica*, 2ª ed., Fontamara, Ciudad de México, 1993.

———, *Ética y derechos humanos*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1989.

———, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1989.

———, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Eudeba, Buenos Aires, 1987.

———, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, trad. por Navarro, Astrea, Buenos Aires, 1980.

———, *El concurso en el derecho penal*, Astrea, Buenos Aires, 1972.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, *La excusa del positivismo jurídico*, Thomson/Civitas, Madrid, 2007.

PARMIGIANI, «El alcance justificatorio del consentimiento tácito. El problema de Locke y la lógica del beneficio», *Doxa*, (43), 2020, pp. 103-132.

RAWLS, *A Theory of Justice*, 2ª ed., The Belknap Press, Cambridge (Mass.), 1999.

RAZ, *Practical Reason and Norms*, 2ª ed., Princeton University Press, Princeton (N.J.), 1990.

———, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

REDONDO, *Positivismo jurídico interno*, Revus, Ljubljana, 2018.

RODRÍGUEZ, «Lagunas axiológicas y relevancia normativa», *Doxa*, (22), 1999, pp. 349-369.

ROXIN, *Strafrechtliche Grundprobleme*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1973.

SCANLON, *Being Realistic about Reasons*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

SHAPIRO, *Legality*, The Belknap Press, Cambridge (Mass.)-London, 2011.

SILVA OLIVARES, «Imputación y causas de justificación», *Revista de Estudios de la Justicia*, (18), 2013, pp. 25-58.

TORRES ORTEGA, «Subjetivismo y objetivismo en el derecho penal según Carlos Santiago Nino», *Ciencia Jurídica*, (3-5), 2014, pp. 85-103.

VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993.

VON WRIGHT, *Norm and Action*, Routledge & Kegan Paul, London, 1963.

YAFFE, «Legal Reasons, Legal Desert, Legal Culpability: Reply to Guerrero, Kelly and Mendlow», *The Journal of Ethics*, (24), 2020, pp. 295-306.

———, *The Age of Culpability*, Oxford University Press, Oxford, 2018.