

MODERNAS TENDENCIAS DE DOGMÁTICA PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL

Libro Homenaje al

Dr: Juan Bustos Ramírez

Jose Urquijo Olaechea

DIRECTOR

Nelson Salazar Sanchez

COORDINADOR

IDEMSA

Lima-Peru

DERECHO PENAL, LENGUAJE Y CONFLICTOS NORMATIVOS

por Norberto Eduardo Spolansky**

I

Es común leer en la literatura científica que la expresión “derecho penal” significa el conjunto de normas dotadas de sanciones retributivas; o bien que es el conjunto de normas que describen los delitos y las penas correspondientes.

Esta caracterización tiene el inconveniente que no permite incluir datos que se presentan en el Código Penal. Existen normas que prescriben que no se debe penar:

- (a) A quienes actúen en legítima defensa o en estado de necesidad. (art. 34, C.P.)
- (b) A quien no haya podido por alteraciones morbosas de sus facultades comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones. (art. 34, C.P.)
- (c) A quien obrare en virtud de obediencia debida. (art. 34, C.P.)

Por otra parte, también se leen estos textos:

- (d) Este Código se aplicará por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina. (art. 1, C.P.)
- (e) Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna (art. 2, C.P.)
- (f) Las disposiciones generales del presente Código se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario. (art. 4, C.P.)
- (g) Queda comprendido en el concepto de “violencia”, el uso de medios hipnóticos o narcóticos. (art. 78, C.P.)

En los casos que he presentado se advierte que se formulan hipótesis en las que no se debe atribuir una pena a una persona. (a, b y c)

En otros (d) se determina el ámbito espacial de validez. En el ejemplo que sigue (e), se establece una solución para los llamados casos de sucesión o cambio de leyes en el tiempo. En el que luego aparece al lector (f), se prescribe que ciertas reglas generales del código penal se aplican en el ámbito de las leyes penales especiales; en el último (g), se establece el significado de una expresión otorgándole contenido semántico específico.

Si se pretende usar la idea según la cual la expresión “derecho penal” sólo significa el conjunto de normas compuestas todas y cada una de ellas por descripciones de hechos asociados a penas, excluimos de su contenido todo ese material descripto. A título ejemplificativo, para demostrar que la definición que analizo es insuficiente para abarcar datos que contiene el Código Penal, y que jueces, fiscales, abogados y profesores de derecho penal usan, o tienen en cuenta, cuando presentan el contenido del derecho penal de su país, realizaré un análisis diferente.

II

Un modo distinto consiste en afirmar o reconocer que el derecho penal se formula en un cierto lenguaje normativo. La expresión “lenguaje normativo” significa que en sus enunciados se usan expresiones tales como “se debe”, “está prohibido”, “está facultado”, “es obligatorio”. Los lenguajes normativos no muestran cómo es el mundo sino que prescriben cómo debe ser o qué está prohibido.

* Profesor Titular de Derecho Penal (UBA) – Profesor Titular de Derecho Penal Económico (UB)

Desde esta perspectiva, podemos caracterizar la expresión “derecho penal” como un conjunto normativo que contiene consecuencias jurídicas por las que a ciertos hechos, bajo ciertas condiciones, se les asocian penas. De este modo no todos los elementos del conjunto son del tipo “si alguien mata a otro debe ser penado”, sino que su caracterización se define por la circunstancia de que existe, por lo menos una o más consecuencias que son penas que se asocian a ciertos hechos posibles de ser ejecutados y descriptos por la ley. El conjunto tiene, por cierto, normas canónicas del tipo “si alguien mata a otro debe ser penado”; pero también tiene otros elementos que no responden a ese esquema, a saber: normas limitativas de la asociación entre hechos y penas, normas relativas al ámbito espacial y normas o definiciones lingüísticas. Así se observa que no es la identidad de cada uno de los componentes del conjunto con los demás elementos de éste lo que identifica al mundo del derecho penal, sino que éste se define por sus consecuencias, que son normativas y que prescriben si se debe o no aplicar una pena¹.

III

El lenguaje jurídico, como todo lenguaje natural, presenta el problema de la vaguedad de sus significados; por ejemplo: el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios requiere “un enriquecimiento patrimonial apreciable” (art. 268, C.P.), ¿desde qué monto el incremento es apreciable?

Por su parte, la figura delictiva de usura, (art. 175 bis, C.P.) pena a quien se hace dar o prometer “ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación” ¿cuáles son los límites semánticos de la expresión desproporcionada?

Otro ejemplo interesante es éste: se pena a quien produzca infección “o contagio en aves u otros animales domésticos”(art. 184, C.P.). Si alguien contagia una enfermedad a un león que ha nacido en cautiverio que sólo tiene cuatro meses y está siendo cuidado por una familia en su casa, ¿podemos afirmar que se ha dañado a un animal doméstico?. ¿Y si tiene ocho meses?. ¿O dos años?. ¿Cuál es límite que permite deslindar el significado de “animales domésticos”?

También los lenguajes normativos presentan problemas vinculados a las reglas de su construcción. La ley penal prescribe que no se debe aplicar una pena a quien no haya podido en el momento del hecho “...por alteración morbosa de las mismas (facultades) o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputable...”, comprender la criminalidad del acto.

La expresión “no imputable”, ¿califica a error o ignorancia de hecho, o también a “inconciencia”? (art. 34, C.P). Para advertir el problema es preciso tener presente que cuando el adjetivo sigue al sustantivo y todos ellos son singulares y de distinto género, el adjetivo ha de concordar con el último o se pone en plural masculino.

Los lenguajes naturales en que están formulados los lenguajes normativos, presentan problemas semánticos. Por ejemplo, ha dado lugar a una discusión muy rica tanto teórica como judicial, la determinación del significado de la expresión “apoderarse” como núcleo del delito de hurto. ¿Basta desapoderar o es necesario incorporar la cosa al ámbito de disposición del autor?

Finalmente se presentan los problemas de conflicto de normas. Me importa analizar el caso de conflicto de normas jurídicas de igual jerarquía. Este es uno de los casos de la clase de los “conflictos normativos”. Me referiré a continuación a una subclase que se da comúnmente en el ámbito del derecho penal².

IV

¹ Vid.: Alchourrón-Bulygin, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Astrea.

² Vid.: Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba.

El Código Penal establece una pena para quien se apodere ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena. (art. 162, C.P.)

El mismo Código prescribe que no se debe penar a quien causa un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño. (art. 34, C.P.)

En la primera norma, se establece que se debe penar cuando una persona comete el delito de hurto.

En la segunda norma, que se encuentra en la parte general del Código, se establece que no se debe penar a quien actúa en estado de necesidad.

Ambas normas tienen la misma jerarquía jurídica, son normas de una ley y ambas pueden conducir a un conflicto normativo. Digo “puede”, ya que no todos los casos de hurto entran en conflicto con la norma que excluye la pena cuando hay estado de necesidad. El problema conceptual se plantea cuando el autor hurta y lo hace en estado de necesidad. Por una de las normas se debe penar. Por la otra no.

¿Cómo resolver este conflicto de normas de la misma jerarquía?

V

No existe ninguna norma superior que dirima el conflicto entre las dos normas legales. Tampoco existe ninguna regla lógica que permita dirimir el problema.

Una manera convencional es interpretar que las dos normas pueden ser reformuladas de este modo: “se debe penar a quien cometa el delito de hurto a menos que haya actuado en estado de necesidad”.

Debe tenerse en cuenta que esta reconstrucción es convencional y no deriva de ninguna norma jurídica ni tampoco de ninguna regla lógica.

A veces se dice que, en realidad, rige acá una excepción a la punición del hurto. Esta fórmula es equívoca. En el mundo de las regularidades empíricas es posible decir que en la República Argentina el promedio de lluvias durante la primavera es de “x” milímetros. Si durante una estación de primavera llueve “x -10”, decimos que se ha producido una excepción a la regularidad. De igual modo, si un estudiante nunca ha faltado a las clases y el último mes falta a cada clase por medio, decimos que se está produciendo una excepción a su regularidad. La expresión “excepción” la usamos para dar cuenta de una modificación de las regularidades empíricas.

En cambio, la reconstrucción interpretativa para dirimir un conflicto normativo no es un caso de una excepción, sino un modo de limitar lógicamente el ámbito de aplicación de una norma. No es un tema de regularidad, sino un tema de carácter conceptual o lógico.

VI

La Constitución Nacional requiere para que exista responsabilidad penal que una persona haya ejecutado un hecho que una ley previamente haya formulado. Por su parte, el Código Penal prescribe que nos son punibles los que en el momento del hecho... (aquí la ley enumera diversos casos que excluye la responsabilidad penal). Por su parte, en materia de participación, la ley regula el tema considerando a “los que tomasen parte en la ejecución del hecho”.

He destacado la expresión “hecho” para destacar que este es un punto clave en el tema que nos importa.

El “hecho” al que se refieren estas disposiciones es el hecho prohibido. Afirmar que un hecho está prohibido significa que existe una norma que lo prohíbe.

Vinculando estas cuestiones a las que he analizado en el párrafo anterior, puedo concluir que el hecho prohibido no es meramente el hecho que presenté, a saber: “apoderase ilegítimamente de cosas muebles total o parcialmente ajenas”, sino que la formulación debe reconstruirse incluyendo un texto que diga: “...a menos que haya actuado en estado de necesidad”.

No es esta última una excepción, sino una limitación conceptual, que es como afirmar que el hecho legal calificado por la prohibición tiene una faz positiva “apoderase” y una negativa: que no sea el caso del estado de necesidad. Es esta una manera de presentar las características negativas del hecho penal.

La consecuencia jurídica de esta manera de analizar el significado de la expresión “hecho”, es la siguiente: quien actúa guiado por una creencia errónea acerca de una condición que forma parte del hecho (cree que se lleva su abrigo y es el ajeno) actúa sin saber lo que hace. De igual modo, quien actúa guiado por una creencia errónea sobre una característica negativa del hecho (cree que hay estado de necesidad y no lo hay) tampoco sabe lo que hace. Su acto no es doloso.

VII

Se ha objetado a esta idea que este modo de entender la cuestión planteada equipara matar a otro en legítima defensa con matar a un mosquito.

En un sentido, es cierto que desde el punto de vista natural no es lo mismo un caso que otro. Es verdad que un hombre es distinto a un mosquito y también lo es que algunos hombres son tan pequeños moralmente como un mosquito.

Sin embargo, este argumento emotivo no responde a la cuestión conceptual planteada, a saber: que tanto en el caso del hecho de matar a otro en legítima defensa, como en el caso de matar a un mosquito, hay algo en común, a saber: en ambos jurídicamente se trata de hechos no prohibidos; más aun, de hechos permitidos³.

art-acad/roxin.doc

³ Vid.: Spolansky, Norberto, *Error, dolo y condiciones negativas del tipo penal*, La Ley T°150, pág. 252.