

¿EL RESULTADO COMO FUNDAMENTO DE LA SANCIÓN EN UN TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL PREVENTIVA?

Gustavo A. Beade*

§1.- INTRODUCCION.

En este trabajo pretendo analizar las posiciones contrapuestas de dos autores contemporáneos: Carlos S. Nino y Marcelo A. Sancinetti, quienes en sus respectivas tesis doctorales¹, han expuesto dos conceptos particulares y diferentes entre sí, acerca de la responsabilidad penal. La discusión se plantea -simplificadamente- entre los postulados que ofrece el *objetivismo* contra las ideas sostenidas por el *subjetivismo*. Sin embargo, en el fondo de estos complejos planteos teóricos, subyacen dos sistemas de responsabilidad diferentes que pretenden enmarcarse, dentro de lo que cada uno ellos, considera que es el derecho penal liberal. Para llegar a esta afirmación, ambos autores, parten del mismo presupuesto, el concepto de daño, elaborado por John Stuart Mill en su obra *On Liberty*.

La idea de este texto, es en parte, observar las críticas que, en primer lugar Sancinetti, le dirige al trabajo de Nino, para luego, conocer las respuestas de este último² y estudiar con un poco más de detalle las posiciones teóricas que allí plantea. Esta discusión abarcó una variada cantidad de aspectos que intentaré, al menos, reflejar sucintamente³. Pese a ello, deberé limitar el análisis a un aspecto más relevante y en el

* Abogado (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Una versión anterior de este trabajo fue presentado en el curso del Profesor Dr. Martín D. Farrell, "Ética y Teorías del Derecho" durante el año 2006, dictado en el marco del Master de Derecho de la Universidad de Palermo en Buenos Aires. Este trabajo es una primera presentación de una investigación más extensa que deberá ser discutida muchas veces todavía. Sin embargo la idea de presentar estas ideas básicas se vincula con la necesidad de exponer un estado actual de la investigación. Agradezco las sugerencias y los comentarios que recibí de Jaime Malamud Goti, Mario Villar, Gustavo Meirovich y Santiago Roldán, quienes lograron que este trabajo mejorara sustancialmente.

¹ NINO, Carlos S., *Los límites de la responsabilidad penal- Una teoría liberal del delito*, traducción del original inglés (no publicado), de Guillermo Rafael Navarro, [Los límites] Buenos Aires, 1980; SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, [Teoría del delito] Buenos Aires, 1991.

² La respuesta de Nino a las críticas formuladas por Sancinetti, se encuentran en un trabajo inédito llamado *Subjetivismo y Objetivismo en el Derecho Penal* [Subjetivismo].

³ Sin embargo, dejo ex profeso de lado un mayor desarrollo de ellas, dado que algunas de estas cuestiones excederían notablemente el marco de este trabajo. En este sentido la referencia se realiza respecto de las problemática relacionadas con la intención del autor, las incongruencias que presentan ambos sistemas al resolver problemas que se suscitan como la tentativa, la legítima defensa y el estado de necesidad; las distintas concepciones que ambos autores tienen acerca de la función de la pena, el concepto de acción utilizado en el derecho penal, la autonomía personal como oposición al perfeccionismo, etc. Por otra parte, la vocación para la discusión que exhibe Nino, lo lleva a la reformulación de todos los conceptos

que todos los elementos que aquí se discutirán confluyen: **el daño como presupuesto principal de la intervención penal en el marco de un estado liberal de derecho**. La importancia de esta concepción, radica en que -como expuse- a partir de allí se derivan todos los demás presupuestos que permiten la construcción de una teoría de la responsabilidad penal⁴. Pretendo analizar si el punto de partida elegido, es consecuente con las derivaciones que tanto Nino como Sancinetti, efectúan posteriormente en el desarrollo de sus teorías de imputación penal.

§2.- DOS INTERPRETACIONES DEL CONCEPTO DE DAÑO DE JOHN STUART MILL.

En primer lugar y como punto central de este texto, observaré la interpretación que efectúa Nino del clásico ensayo de Mill, *On Liberty*, dado que de allí derivan los principios esenciales, que enmarcan la fundamentación teórica que construye, a los fines de atribuir la responsabilidad penal. En palabras de Nino:

“Es bien conocido el alegato de John Stuart Mill en contra de que el derecho interfiera con actos sobre la mera base de su inmoralidad exigiendo, en cambio, para justificar tal interferencia que vaya dirigida a proteger a la sociedad, lo cual implica que el acto en cuestión debe irrogar algún daño a los intereses de terceros. Mill decía que el hecho mismo de gozar de los beneficios de la vida en sociedad impone la obligación de no lesionar los intereses de otros miembros de ella, y que la sociedad está facultada, por ejemplo mediante el empleo de penas, para hacer que se cumpla esa obligación. Pero

que Sancinetti, le cuestiona en *Teoría del delito*. Hay que decir que, para aquél entonces, Nino ya tenía ganada una fama de polemista, por los grandes debates que había protagonizado, entre ellos, el sostenido con Jaime Malamud Gotí, quien había realizado una reseña de *Los límites* en la desaparecida revista *Doctrina Penal* en 1981. También es muy conocido el debate con Eugenio Zaffaroni, acerca de la pena, el cual se desarrolló en varios números de la revista *No Hay Derecho* (Nº 4 al 7, Buenos Aires, 1988-1995), el cual ahora se encuentra compilado en Fichas del INECIP: NINO/ZAFFARONI, *Un debate sobre la pena*, 1999.

⁴ En el derecho penal moderno, el concepto de daño es interpretado como el principio de “lesividad”. Este postulado establece básicamente que ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media una afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno. Esta óptica no será tratada en el presente trabajo, sin embargo la misma parece partir de un razonamiento similar al que veremos que efectúa Nino. Prescindo también en este texto, de la utilización de conceptos demasiado amplios y difíciles de precisar como el de “bien jurídico”. Sobre el principio de lesividad y la importancia de la protección de bienes jurídicos cfr. por todos en la doctrina argentina ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires, 2002, p. 127 y ss. Críticamente, JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, 1995, 2/7 y ss. (trad. castellana del original alemán *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen un die Zurechnungslehre*, 2º ed., Berlín-Nueva York, 1991, realizada por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo). Ver también la opinión de Nino sobre la teoría del bien jurídico en un temprano trabajo de 1974, publicado en México, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, cap. IV, “Las teorías dogmáticas: la teoría del bien jurídico protegido”, p.55 y ss.

sostenía también que la sociedad no tiene derecho a interferir con los individuos cuando su conducta no perjudica a terceros”⁵

De la interpretación que efectúa Nino, se derivan tres premisas, sobre las cuales, luego va a construir su teoría de la responsabilidad penal: 1) La intervención estatal sólo debe estar dirigida contra los actos que *causen* algún daño a terceros; 2) Con el fin de asegurar el cumplimiento de la primera premisa (no dañar) el estado está facultado para imponer penas; 3) Si los actos llevados a cabo no afectan a terceros no hay lugar para la aplicación de pena alguna. Estas intervenciones sólo suponen una invasión a la esfera interna de los individuos (reproche moral). Advertiré luego, que sobre la base de estos tres conceptos, Nino llevará a cabo la defensa de sus formulaciones contra Sancinetti.

Por su parte, en su trabajo de tesis, Sancinetti, realiza su propia interpretación de Mill diciendo que:

“El ensayo de Mill, al igual que buena parte de la obra de Nino, se dirige a proscribir la intromisión de la sociedad en los ‘deberes del individuo para consigo mismo’. Es esto lo que quiere marcar el límite infranqueable para el Estado (...) La oposición no es, en Mill, daño-intención, resultado-dolo (como podría sugerir la lectura de Nino), sino daño social-daño individual. En ningún par de esos conceptos, ‘daño’ representa, necesariamente, daño *efectivamente producido*, sino daño legitimante de la norma que prohíbe tener, a un tal daño, *por objeto de la acción*”⁶ (...) Lo que Mill dice es que el objeto de la protección (la finalidad de la disuasión) es la protección de los bienes de terceros. De aquí no se tendría que derivar que el daño efectivo de los terceros sea lo decisivo para legitimar la sanción, como tampoco se sigue que no haya daños efectivos que perjudiquen sólo al individuo y que, por eso, sean insuficientes para aquella legitimación (...) Para que la norma quede justificada, es suficiente con que la conducta *tenga por objeto el perjuicio de otro*. Que la conducta tenga que causar, además, ese perjuicio, no se desprende de las ideas de Mill”⁷.

De la exposición de Sancinetti, se sigue una interpretación que difiere sustancialmente de la que se realizara en relación a Nino. Sus argumentos podrían resumirse en: 1) La intervención estatal sólo debe estar dirigida contra los actos que *pudieran causar* algún daño a terceros; 2) El concepto de daño a terceros no tiene que

⁵ NINO, *Los límites*, cit. p. 271/2

⁶ SANCINETTI, *Teoría del delito*, cit. p. 87/88.

⁷ Ídem, p. 88/89. En esta parte del texto, ocurre una situación curiosa: Sancinetti le objeta a Nino no haber transcritto la totalidad del párrafo que éste cita de Mill. El fundamento de su crítica se basa en que la parte que Nino omite transcribir, es la parte fundamental para la formulación que Sancinetti defiende. La parte de *On Liberty* a la que alude Sancinetti, dice, según su propia transcripción: “Para que esta coacción fuese justificable, sería necesario que la conducta de este hombre *tuviera por objeto el perjuicio de otro*”.

estar necesariamente relacionado con el daño efectivamente producido (resultado); 3) Lo importante es que las acciones tengan la capacidad de perjudicar al otro, el resultado de las mismas es indiferente a los efectos de la imposición de una sanción.

El problema, comienza a plantearse a partir de esta sustancial divergencia: la asignación de relevancia a los resultados o la sola valoración de la acciones prescindiendo de los resultados. Según expone Sancinetti, algunos autores – Nino por ejemplo- podrían derivar de las palabras de Mill, un principio que permita caracterizar al principio de daño, como el resultado de las conductas. Según su propia interpretación, por el contrario, Mill hace alusión claramente a las acciones que tiendan a producir el daño.⁸

Desde la perspectiva de este trabajo puede decirse que el concepto de daño que emana de *On Liberty* no está determinado por el propio Mill. En este sentido pretendo expresar que tanto la interpretación de Nino como la Sancinetti podrían resultar plausibles⁹. En su texto, Mill no refina tanto este concepto, para poder advertir si la lesión debe ser efectiva o si alcanza solamente con un acto tentado. No se desprende del propio texto que esta cuestión estuviera en la mente de Mill al formular este principio. Por otra parte, lo que se plantea en *On Liberty*, es la necesidad de generar una barrera, un límite contra el avance del Estado, destinada a acotar la discrecionalidad que

⁸ Esta cuestión que plantea Sancinetti, no se advierte en la traducción de *On Liberty*, con la que aquí trabajo. En la misma, el párrafo de la divergencia (ver nota 7) dice: “Solo la prevención del daño que pudiera causar a un semejante serviría como justificación para el hecho de tratar de disuadirlo de una determinada conducta. La única parte de la conducta de cada cual por la que está obligado a responder ante la sociedad es aquella que afecta a los demás. En lo que solo a él concierne, su independencia es absoluta, por derecho. Todo individuo es soberano de sí mismo, de su propio cuerpo y de su propio espíritu”, John Stuart MILL, *Sobre la libertad*, versión de 1869, trad. del inglés *On Liberty*, a cargo de Gregorio Cantera, Madrid, 2004, p. 53

⁹ Contrario –al parecer- a un interpretación utilitarista, análoga a la de Nino, Ferrajoli dice: “[N]i el principio de necesidad ni el de lesividad pueden determinar con precisión la naturaleza y la cuantía del daño que hace necesaria, en cada caso, la prohibición jurídica. O, más específicamente, la penal y, aún más específicamente, la que toma forma de delito y no de simple contravención. De modo análogo a lo que hemos visto al tratar el problema de los fines de la pena, también a la hora de justificar el <<cuándo>> o el <<qué>> prohibir el utilitarismo penal es una doctrina ambigua, o cuando menos neutra, que puede favorecer sistemas de prohibición máxima o mínima, según se identifique como útil la máxima seguridad posible o la mínima restricción necesaria de la libertad. Fórmulas como las de Bentham o Mill, que asignan a las prohibiciones penales la <<única finalidad>> de <<evitar que perjudique a los demás>>, no añaden, en el fondo, nada al viejo precepto romano *neminem laedere*. Más bien parece que, al igual que éste, <<giran en el vacío>>, ya que, como dice Alf Ross, <<presuponen tácitamente como dado lo que todavía hay que demostrar>>”, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 3º ed., trad. al castellano de Perfecto Andrés Ibáñez (et al), Madrid, 1998, p.466/7.

imperaba en aquél momento: la tendencia del gobierno a invadir la esfera de libertad de los ciudadanos¹⁰.

Dentro de esta concepción parece acertado el razonamiento de Nino pretendiendo limitar la invasión de las esferas individuales, revalorizando el concepto de autonomía personal, concibiendo al daño como un elemento objetivo y verificable a través del *resultado*. De esta forma, y sobre la base de este parámetro, rechaza cualquier formulación que pueda –de alguna forma- limitar la libre elección de los planes de vida de los individuos, a las que concibe como perfeccionistas¹¹. Sancinetti, por su parte, prescinde de la idea de tomar elementos objetivos, en el pensamiento de que su propuesta teórica debe fundarse solamente en lo que denomina el “disvalor de la acción”, la voluntad del individuo al llevar a cabo la acción¹².

Sin embargo, podría dudarse de que el resultado pueda efectivamente constituir esa muralla necesaria para evitar que el Estado avance contra los individuos. En este sentido, el rendimiento del concepto de resultado es cuestionable, dado que el mismo admite múltiples excepciones. Sólo a modo de ejemplo, tanto en la legítima defensa, como en el estado de necesidad, los individuos están autorizados a actuar, con el objeto de proteger sus propios intereses, previniendo de esta forma el daño efectivo. La punibilidad de los actos fallidos (tentativas) es generalmente aceptada en muchas legislaciones del mundo. En dichas conductas, el daño no se concreta debido a que el resultado no se produce. Por último los daños triviales también son pasibles de ser exculpados debido a la mínima afectación que causan, considerándose en esta circunstancia que la interferencia legal con ellos causa un daño mayor¹³.

En el apartado siguiente, desarrollaré esta observación con más detalle. Por el momento y a modo de conclusión parcial puedo decir que, como se ha expuesto precedentemente, no se advierte de la lectura de *On Liberty*, que Mill establezca

¹⁰ FARRELL, Marín Diego, *El derecho liberal*, Buenos Aires, 1998, p. 136. Agrega Farrell que la otra cuestión que le preocupaba a Mill, quizá en mayor medida que la problemática señalada, era la tendencia a la uniformidad en las conductas impuestas por la opinión pública.

¹¹ En este sentido, FARRELL, cit. p. 137.

¹² Debe efectuarse la aclaración de que en el presente trabajo simplifiqué muchos de los conceptos a los que se hace referencia, a los fines de lograr una mejor exposición. En este caso, la elaboración del concepto de “disvalor de acción” ha sido desarrollada ampliamente por SANCINETTI tanto en su primer tesis doctoral, la cual es aquí tratada, como también en otros trabajos que tienen por objeto, la divulgación de algunas de estas ideas: *Ilícito personal y participación*, 2da. edición, Buenos Aires, 2001 y *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Buenos Aires, 1997. Para ver una crítica a esta teoría, limitada a un visión particular acerca del accionar del Estado, cfr. ALAGIA, Alejandro, *De la crítica a la fe, a la fe en la autoridad. Una crítica a la teoría del ilícito fundada en el disvalor de acción*, “Revista Jurídica de la Universidad de Palermo”, Año 2, Números 1/2, 1997, p.177 y ss.

¹³ FARRELL, cit. p. 142, con cita de FEINBERG, Joel, *Harms to Others*, Oxford University Press, 1984, p. 188.

concretamente una fórmula que permita asimilar el concepto de daño con el resultado concreto de una acción.

§3 LA FUNCION DE LA PREVENCION Y LA VALORACION DEL RESULTADO

En esta sección, la abstracción respecto del daño, toma contornos más definidos, a la luz de los conceptos que exponen los dos autores. Así, Nino expone su pensamiento acerca de la función preventiva de las normas, utilizando argumentos que él mismo caracteriza como utilitaristas. En esta medida, reconoce nuevamente, la importancia del daño, como presupuesto de la sanción penal. Dentro de su formulación, implícitamente, el concepto de daño, se materializa en el resultado de las acciones¹⁴. En efecto, él sostiene, básicamente, que el derecho penal debería aplicarse de una manera que implicara verificar que el daño o el peligro que la ley está destinada a prevenir se hubiera producido en el caso concreto¹⁵. Con el avance de su trabajo, la idea esbozada previamente, alcanza un grado de precisión más importante, cuando en *Los límites* define un concepto básico para comprender su teoría: el principio de enantiotelidad. En palabras de Nino:

“El principio de que la aplicación del derecho penal debe tomar en cuenta si la acción en el caso particular fue una de las que la ley trata de disuadir, implica cuando ese derecho tiene por objeto la prevención de acciones perjudiciales o peligrosas- una condición adicional de la responsabilidad penal que puede formularse así: *una acción es punible solamente cuando causa el daño o peligro que la ley está destinada a prevenir. El principio [de enantiotelidad] no requiere directamente que una acción punible sea perjudicial o peligrosa, sino que sea una de las que la ley está dirigida a prevenir*”.¹⁶

Por su parte, en otra sección de su tesis doctoral, Sancinetti efectúa una crítica a la importancia que le asigna al resultado Nino en su exposición, diciendo:

“Considérese ahora –de la mano del razonamiento de Carlos Nino– la racionalidad de la idea, tan difundida, de que la atribución de un carácter fundante o co-fundante del ilícito, al disvalor de resultado constituye una garantía para el autor de un hecho punible; un principio garantizador consustanciado con el derecho penal ‘liberal’. Es en efecto, un principio del derecho penal liberal, que la

¹⁴ Sin perjuicio de ello, Nino se abstiene de incluir sus argumentos dentro de ideas preconcebidas como por ejemplo la teoría del bien jurídico.

¹⁵ NINO, *Los límites*, cit. p. 311. Nótese que en este postulado, utiliza el daño y el peligro como conceptos equivalentes. Sobre esta cuestión se volverá más adelante.

¹⁶ NINO, *Los límites*, cit. p. 324, (el destacado no es del original).

ley sólo debe tratar de disuadir a la generalidad de aquellas conductas perjudiciales a terceros, y, a su vez, que la conducta punible debe ser una de aquellas que la ley trató de prevenir. Estas premisas son aceptables. Sin embargo de su combinación no se debería deducir que la conducta punible en el caso particular sólo es aquella que produce el daño que la ley quería evitar, como lo cree la tesis que aquí corresponde considerar. Este silogismo, que podríamos denominar el ‘silogismo resultatista de correspondencia’ (de correspondencia entre disvalor de resultado y derecho penal liberal) se construye aproximadamente así: a) la ley sólo debe estar destinada a prevenir las conductas dañosas para la sociedad; b) la conducta punible debe ser una de las que la ley trató de prevenir; c) por lo tanto, la conducta sólo debe ser punible, en un caso concreto, si produce efectivamente el daño que la ley quería evitar”¹⁷.

En este extracto Sancinetti reconstruye el pensamiento de Nino en tres etapas aceptando, en principio, las primeras dos formulaciones: la ley opera como un elemento destinado a prevenir conductas dañosas para la sociedad y que las conductas sólo pueden ser las que se encuentran establecidas en la norma. Sin embargo, en el párrafo que sigue expone sus reparos a aceptar el tercer punto de la formulación de lo que él denominó el “silogismo resultatista de correspondencia” de Nino, sosteniendo que:

“[E]n el momento en que la ley previene, disuade la conducta no ha causado aún daño alguno; se trata de disuadir a quienes conviven en sociedad de la realización de acciones por los daños que ellas *podieran* causar. Éste es el objeto de la disuasión, siempre en protección por cierto de un determinado bien que se considera objetivamente valioso (...) Empero, si ello es así, la conducta será una de aquellas que la ley quiere prevenir –con independencia de los resultados que cause efectivamente- en la medida en que la voluntad del autor hubiera tendido a afectar –a pesar de la prevención de la ley-, aquel bien considerado como objetivamente valioso (...) La producción real de un daño no entra, por tanto, en la cadena argumental de este silogismo, sino que aparece más bien como un nuevo postulado, que consiste en re-interpretar el carácter ‘dañoso’ de la acción de la premisa mayor, no como algo a prevenir, sino como una consecuencia de lo prevenido (...) no hay cómo poder justificar la exigencia del daño efectivo en una formulación preventivista; al menos no, por el mero hecho de ser preventivista (...) La acción, por el contrario, es una de aquellas cuya realización es legítimo disuadir, en tanto –al menos desde el punto de vista de quien hay que disuadir- pueda llegar a afectar el objeto de bien jurídico (producir el resultado) (...) Cuando, entonces- y con arreglo a este esquema de pensamiento-, se cree que la punibilidad de la tentativa se fundamenta en el peligro corrido por el bien jurídico- que siempre es un daño menor que el daño efectivo-, se descuida que la norma que pretende disuadir de la tentativa (al menos de la tentativa acabada) quiere evitar el mismo resultado que produce un hecho consumado; más precisamente, se trata de la misma norma: ‘está destinada a prevenir la misma conducta dañosa’ (...) No tendría ningún sentido pensar que la norma disuasoria pudiera referirse a la acción de tentativa (acabada), de modo distinto que

¹⁷ SANCINETTI, *Teoría del delito*, cit. p. 79/80.

respecto de la acción que logra el resultado (...) En el momento en que el autor toma la decisión de acción, él no tiene otra finalidad que la de producir el estado de cosas que la norma pretende evitar. Después de esta decisión, ya no queda nada por disuadir¹⁸ (...) las consecuencias prácticas de aquel primer modelo de disuasión (resultatista) no variarían mucho respecto de las de un modelo de disuasión circunscripto al disvalor de acción, porque la advertencia de que, ‘si se produce el resultado, serás sancionado’ (...) tiene que tener el mismo efecto que la prohibición de generar el riesgo. Constituiría una rareza que el autor se sintiera menos motivado por la norma, sólo por el hecho de que ella condicione su sanción a efectos *casuales* (...) al contrario, es absolutamente seguro que la inclusión del resultado agrega al sistema de disuasión (prevención) un elemento que no se corresponde con la prohibición de la acción, ni con su mandato”.¹⁹

Luego de estos cuestionamientos, Nino, en su trabajo inédito *Subjetivismo y Objetivismo en el Derecho penal*, expone nuevamente la formulación que fue criticada por Sancinetti, reconduciendo la cuestión a la finalidad del castigo, esto es, a la teoría de la pena que él adopta como principio rector de su sistema de responsabilidad penal. Nino considera que penar es una manera de prevenir ciertas clases de acciones. Asimismo, entiende que la punición en sí misma, tiene únicamente fines preventivos, tal como lo había expuesto previamente, en *Los límites*. En esta dirección sostiene que la punición no sirve para prevenir el acto en particular que provoca la reacción, sino que debido a la reacción contra esa acción individual, conductas similares serán desanimadas²⁰. Por otra parte, agrega, algunas cuestiones haciendo referencia a las objeciones expuestas por Sancinetti. En sus propias palabras:

“Sancinetti piensa que la conclusión no se sigue de las premisas ya que cuando la ley opera en orden a prevenir ciertas conductas es aún incierto si ellas producirán o no el daño a la sociedad. La ley opera para prevenir, lo que podría terminar en ser, por ejemplo, una mera tentativa o un delito consumado. Por lo tanto, discriminar entre las dos bajo la luz del proceso de prevención es arbitrario (...) Que el proceso de prevención opere igualmente si es exitoso el delito o no, tanto en el caso en el que la ofensa es solo una tentativa como en el caso en que es consumado el delito, es obvio. No obstante, no tiene nada que ver con mi argumentación para restringir la punición de los actos que realmente produjeron los daños que la ley buscó prevenir sin reemplazar daño real por la intención de causarlo. Parece que Sancinetti ha comprendido mal mi segunda premisa como si dijera algo como ‘la conducta

¹⁸ SANCINETTI, *Teoría del delito*, cit. p. 82/83.

¹⁹ SANCINETTI, *Teoría del delito*, cit. p. 85

²⁰ NINO, *Subjetivismo y Objetivismo en el Derecho penal* [Subjetivismo] inédito, p. 15. Esta versión utilitarista de la pena expuesta en este trabajo es desarrollada con mayor amplitud en *Los límites*, p. 218 y ss. No es posible profundizar aquí sobre esta punto específico, para una exposición sobre las teorías clásicas del castigo en la literatura jurídica argentina ver entre otros, RABOSSI, Eduardo, *La justificación moral del castigo. El tema del castigo. Las teorías tradicionales sus limitaciones. Un nuevo enfoque teórico*, Buenos Aires, 1976, p. 25. Para una visión desde el utilitarismo, véase FARRELL, Martín Diego, *Utilitarismo Ética y Política*, Buenos Aires, 1983 p. 212 y ss.

punible debe ser una de aquellas de cuya realización pudieran haber sido disuadidas por la ley'; esto le hubiera llevado a pensar que, por supuesto, la ley pudo haber disuadido una acción que en caso de ser realizada quizás pudo fallar en consumir la ofensa. Pero esto no es lo que mi segunda premisa significa (...) Mi segunda premisa es, en cambio que las únicas acciones que deben ser sujetas a punición deben ser aquellas acciones que tienen las características cuyo valor negativo determinó la puesta en ejecución de la ley penal en cuestión en orden a tratar de prevenirlas de materialización; y que el grado de punición al que algunas acciones están sujetas debe ser correlativo al grado de valoración negativa de las características de las acciones que la ejecución de la ley penal trató de prevenir que se materializaran”²¹.

Analicemos ahora cuidadosamente los argumentos expuestos previamente: Nino realiza una formulación acerca de los parámetros necesarios para la punición con expreso anclaje en una teoría prevencionista de la pena. Su pensamiento debería resumirse así: las normas tienen por objeto prevenir las acciones que puedan provocar daños a terceros. El objeto de la prevención no debe ser enfocado hacia un acto en particular sino que, por el contrario, el mismo debe ser enmarcado dentro de un contexto más amplio, tendiente a aplicarse a toda la sociedad en el futuro (disuasión).

La objeción que señala Sancinetti, tiene relación con que la importancia que una teoría prevencionista de la pena le asigna al resultado, no debería ser tan relevante como la que expresa Nino. Considera que si lo que se pretende es prevenir, el resultado debería carecer de relevancia, dado que desde una perspectiva *ex ante*, la prevención tendería a evitar los resultados. Es decir que una formulación basada en criterios de prevención debería regirse siempre por criterios *ex ante*, esto es: qué es lo que se quiere evitar²².

En esta lógica, Sancinetti cuestiona la valoración *ex post* que implica considerar al resultado de las acciones como fundamento de la sanción. Desde su visión según la cual los resultados son un mero producto del azar, de la suerte²³, solamente le asigna valor a las acciones de los individuos. Se advierte claramente que la formulación de Sancinetti, se guía sólo por un juicio *ex ante* (acción), el cual valorará de acuerdo a la voluntad del autor. Nino replica esta postura, explicando que lo importante es que las acciones hayan sido las que la norma pretendió evitar mediante la imposición de una

²¹ NINO, *Subjetivismo*, cit, p. 38/39

²² Para un desarrollo más completo de esta idea, cfr. ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Enjuiciamiento del peligro, tentativa y delitos de peligro*, publicado en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, N° 9/A, Año V, 1999, p. 415 y ss.; del mismo autor ver también “La tentativa y los fines del derecho penal”, en la compilación *Estudios sobre la tentativa y el desistimiento en derecho penal*, Bogotá, 2006, p. 1.

²³ Una excelente introducción sobre la problemática referida a la suerte moral, puede verse en, MALAMUD GOTI, Jaime, *Lo que nos puede tocar en suerte: reflexiones sobre responsabilidad y subjetivismo*, publicado en “Nueva Doctrina Penal” 2004/A, p. 1 y ss.

sanción. Agrega que en esta variante no importa el resultado final, esto es, si se concretó o no la acción (tentativa), la prevención dentro de su esquema argumentativo, podrá operar igualmente, siempre para el futuro²⁴.

Sin embargo, Sancinetti advierte que Nino, no puede fundamentar acabadamente la diferenciación que efectúa su teoría, en relación a la punición de los actos tentados. Si las acciones son las mismas (tanto en la tentativa, como en la consumación) qué diferencia puede haber en el resultado para asignar una responsabilidad distinta (ya sea mayor o menor). No parece arbitrario discriminar las acciones con resultados favorables, de las acciones con resultados frustrados (las tentativas) siendo que un principio tendiente a la prevención de daños, debería accionar sobre ambos en igual sentido, probablemente con más fuerza en los actos previos a la concreción del resultado.

Nino en esta instancia, *se aparta notablemente de su presupuesto rector original: el daño* como presupuesto de la intervención punitiva estatal y hace valer la carta reservada desde la primera definición para esta instancia: *el peligro*. Veamos como lo expone:

Con respecto al *caso especial* de la tentativa, solo porque los mismos hechos que Sancinetti enfatiza aparentemente contra mí - que quien va a cometer un delito normalmente no desea solo tentarlo sino consumarlo, no es necesariamente en orden a disuadirlo atribuir a la tentativa como a los delitos consumados. Lo que él se representa a sí mismo es la pena del delito consumado. Así, sería claramente antieconómico, por lo tanto violando el principio de protección prudencial de la sociedad, usar un mayor grado de punición cuando un menor grado es suficiente, ya que el agente no presta atención a la pena de la tentativa del delito sino a la del delito consumado. No obstante esto no sería eficaz si la ley deja sin ninguna pena a la tentativa, ya que aquella podría incluirse en los cálculos del agente, quien razonaría que vale la pena tratar de cometer un cierto delito (...) ya que si él falla no tendría ninguna consecuencia. Por lo tanto, es completamente racional desde el punto de vista del principio de protección prudencial de la sociedad, penar a la tentativa con alguna pena que sea menor que la asignada al correspondiente delito consumado (...) Esto tiene la asunción razonable que sufrir un peligro de un cierto daño es menos malo que sufrir el daño. La misma consideración justifica que a la tentativa inidónea no se le deba aplicar

²⁴ Un explicación adicional es formulada por Alegre (en crítica a Sancinetti), sosteniendo que: “La primera objeción frente al argumento según el cual el hecho de que el bien concreto deje de existir como consecuencia de la acción mostraría que no es función de la pena proteger bienes individuales, es que este argumento parece confundir las razones por las que se formula una amenaza con las razones por las que se cumple esa amenaza (...) nada parece indicar que la razón por la que se prohíbe una conducta deba ser necesariamente la misma razón en virtud de la cual se castiga la conducta prohibida. Esto explicaría por qué la preservación del bien destruido por el hecho delictivo puede perfectamente ser una de las funciones que cumple el dictado de la norma penal, sin que deba ser (lo que sería absurdo), una de las razones (o motivos, o funciones) por las que se pena al agente”, ver ALEGRE Marcelo, *El resultado moral de las acciones*, inédito, p. 2.

ninguna pena. Penarla no es para nada necesario en orden a prevenir delitos consumados, a que nadie quiere cometer una tentativa inidónea o delito imposible, y todos los que intentan cometer un delito piensan que es, cuando menos imposible”.²⁵

Desde la visión de Sancinetti, no sería posible adoptar un criterio tendiente a la prevención dado que, su efectividad no puede ser constatada. Según su formulación la prevención falla cuando el autor toma internamente la decisión de acción con la voluntad de producir el estado de cosas que la norma pretende evitar. Esta decisión podrá exteriorizarse o no, sin embargo, la prevención –según Sancinetti- ha fallado cuando el autor toma la decisión de actuar.

Por otra parte, su formulación se centraría únicamente en la voluntad del autor, en su fuero interno, en el aspecto subjetivo del individuo. Su pregunta sería ¿Qué es lo que quiso hacer el autor?, en cambio rechaza la pregunta que parece proponer Nino: ¿Qué es lo que hizo el autor? Va de suyo, que la relevancia que le otorga Sancinetti al tipo subjetivo no es absoluta. El está obligado (pese a negarlo enfáticamente) siempre a la utilización de elementos objetivos, para luego, sí poder verificar la voluntad disvaliosa del agente.

Algunos de estos elementos objetivos podrían ser entre otros, la legislación penal vigente²⁶ y los riesgos que las conductas podrían ocasionar²⁷. La aparición de la idea de riesgos, se transforma en medular en el estudio que aquí se propone. Tal como se ha expuesto, el riesgo para Sancinetti, configura una laguna objetivista, dentro de una formulación que pretende ser exclusivamente subjetivista. En esta línea de razonamiento, la aceptación por parte de Sancinetti del concepto de riesgo como un elemento objetivo, dentro su formulación, permitiría rebatir las críticas que sostienen

²⁵ NINO, *Subjetivismo*, cit, p. 40 (el destacado es propio).

²⁶ En esta medida, reconoce a la norma como un elemento objetivo, que no puede ser reemplazada por la representación del autor, cfr. “¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados? A la vez un refundamentación de la punibilidad de la tentativa”, publicado en *Ilícito personal y participación*, 2da. edición, Buenos Aires, 2001, p.31.

²⁷ Como se ha mencionado previamente, la valoración *ex ante* de las conductas que propone Sancinetti, está íntimamente relacionado con el riesgo presente en la conducta efectuada y en los peligros que pudieran provocar esas acciones (riesgosas) respecto de los elementos que las normas tiendan a proteger (en esta lógica riesgo y peligro son las dos caras de una misma moneda). Así, tal como se ha mencionado en este trabajo, el concepto de riesgo/peligro debería tener una importancia determinante dentro de la posición que este autor defiende. Pese a ello, el propio Sancinetti, expresamente rechaza el concepto de peligro como un elemento objetivo constitutivo de su teoría del ilícito. Sobre esta formulación, ver el artículo “Fundamentos y consecuencias de una concepción subjetiva del ilícito”, p. 30/31 y pássim, en la obra: *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Buenos Aires, 1997. Críticamente, desde un análisis desde la propia teoría del ilícito formulada por Sancinetti, cfr. VILLAR, Mario A., *La teoría subjetiva del ilícito: algunos puntos conflictivos*, publicado en “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal” N° 15, Año 9, 2003, p. 477 en esp. p. 494.

que un teoría subjetivista, pretendería lograr el virtuosismo de los ciudadanos (perfeccionismo) y por otro lado sería consecuente, con la línea argumental que él propone, tendiente a regirse por juicios de valoración *ex ante*.

Es importante remarcar que Nino deja, expresamente, de lado el concepto rector del daño, para introducir sin previo aviso, el “nuevo” concepto de peligro, elemento fundamental para poder justificar la punición de la tentativa. Entonces, si el presupuesto básico es el daño, el peligro que corran los objetos protegidos, no debería interesar aquí, dado que los mismos no se concretaron, quedaron en un riesgo valorado *ex ante*. Con lo cual si *ex post*, no hay nada (ausencia del resultado) las tentativas deberían quedar impunes.

§4.- ALGUNAS CONCLUSIONES

Brevemente, podría afirmar que, **el criterio fundante en una teoría preventiva, debería estar vinculado con el tipo de riesgo que las acciones implican, y el grado de peligro que podrían generar a los elementos que se pretende proteger.** En el apartado anterior, cuestioné, la defensa efectuada por Nino respecto del resultado, dado que el mismo, como observamos, es demasiado contradictorio para poder contener los avances del Estado. Una solución como la propuesta, sería más difícil de ser llevada a la práctica pero, sin embargo, carecería de las incongruencias del sistema prevencionista que postula Nino, quien por otro lado, iguala al daño con el riesgo, como una forma de disimular esta fisura en su sistema.

Por otra parte, si el concepto de daño que se desprende de las ideas de Mill, no puede ser transpolado al resultado (daño efectivo), menos aún puede serlo el riesgo, el cual constituye sólo una prognosis objetiva del evento futuro. Es por ello, que podría considerarse que las ideas liberales que nacen de los conceptos que desarrolla Mill, en *On Liberty*, no pueden encontrar anclaje en las teorías que aquí estudiamos. Por lo menos no, con el desarrollo que llevaron a cabo Nino y Sancinetti.

Por último, debo destacar que los dos sistemas analizados, tienen virtudes y falencias. Tal como expuse a lo largo de este trabajo, ambos han sido seccionados, a los fines de tratar una cuestión particular. No puede negarse que ambos autores son liberales, y que sus formulaciones tienden a preservar las garantías fundamentales de los individuos. Podrá discutirse acerca de si los principios de los que parten, fundamentan adecuadamente sus posturas las cuales son netamente democráticas. Por otra parte, no

debe descuidarse que un Estado, será liberal o no, de acuerdo al contenido de sus normas.

Para dar por concluido esta etapa inicial del debate, cabe decir que las conclusiones a las que se arribó en este trabajo deberán ser revisadas y profundizadas en breve. La importancia de conceptos como el riesgo y el peligro, deberá ser discutida y estudiada desde otras perspectivas, probablemente más relacionadas con el derecho penal nuclear, y con las legislaciones actuales.