

VNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

LA JUSTIFICACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LAS GENERACIONES FUTURAS A TRAVÉS DEL DERECHO PENAL

Master Universitario en Derecho Penal



Santiago Damián Truccone Borgogno

10/06/2014

Trabajo de Fin de Master

Co-Director: Dr. Miguel Ángel Rodilla

Co-Director: Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

LA JUSTIFICACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LAS GENERACIONES FUTURAS A TRAVÉS DEL DERECHO PENAL

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN: OBJETIVO, IMPORTANCIA Y METODOLOGÍA 4

INTRODUCCIÓN	5
1.OBJETIVO E IMPORTANCIA DEL TRABAJO	6
2.ESTRUCTURA DEL TRABAJO	8
3.METODOLOGÍA	11

CAPÍTULO II. LA JUSTIFICACIÓN DE LAS PROHIBICIONES PENALES 18

INTRODUCCIÓN	19
1.LAS PROHIBICIONES PENALES Y EL DEBATE MORAL	19
1. RECAPITULACIÓN.....	27
2.PROHIBICIONES PENALES Y EL DEBATE PENAL	28
1. POSICIONES LIBERALES.....	28
i. EL PRINCIPIO DEL DAÑO	28
ii. EL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD.....	30
iii. EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO.....	32
1. TEORÍA PERSONAL DEL BIEN JURÍDICO.....	33
2. TEORÍA FUNCIONAL DEL BIEN JURÍDICO	34
3. TEORÍA MODERNA DEL BIEN JURÍDICO	35
2. MORALISMO.....	36
i. POPULISMO MORAL	37
ii. PERFECCIONISMO	38
iii. PATERNALISMO.....	40

CAPÍTULO III. UNA TESIS REPUBLICANA SOBRE EL DERECHO PENAL 44

INTRODUCCIÓN	45
1. AUTONOMÍA, BIEN JURÍDICO Y PRINCIPIO DEL DAÑO.....	46
a. AUTONOMÍA Y RECURSOS COLECTIVOS: SOBRE BIENES Y DERECHOS COLECTIVOS.....	48
b. AUTONOMÍA Y LIBERTAD: VAGUEDAD Y AMBIGÜEDAD	51
2. DERECHO PENAL REPUBLICANO	52
a. REPUBLICANISMO Y DERECHO PENAL LIBERAL.....	59
3. RESULTADOS PROVISIONALES.....	64

CAPÍTULO IV. GENERACIONES FUTURAS 68

INTRODUCCIÓN	69
1.GENERACIONES FUTURAS	73
2.OBJECIONES A LA EXISTENCIA DE OBLIGACIONES PARA CON LAS GENERACIONES FUTURAS	74
3.FUNDAMENTOS DE LAS OBLIGACIONES CON LAS GENERACIONES FUTURAS	

75

a. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD INTERGENERACIONAL	75
b. FIDEICOMISO INTERGENERACIONAL	77
c. CONTRATO SOCIAL Y JUSTICIA INTERGENERACIONAL.....	79
i. NEUTRALIDAD.....	79
1. DERECHO PENAL Y NEUTRALIDAD	81
ii. VENTAJA MUTUA.....	82
1. DERECHO PENAL Y VENTAJA MUTUA.....	87

2.	INCONVENIENTES DEL MODELO	92
iii.	MODELO DE QUEJA	93
1.	MODELO DE QUEJA Y DERECHO PENAL.....	95
2.	INCONVENIENTES DEL MODELO	97
3.	IMPERSONALIDAD Y CONSECUENCIALISMO	99
CAPÍTULO V. EL PROBLEMA DE LA NO-IDENTIDAD		104
INTRODUCCIÓN		105
1.	EL PROBLEMA	105
2.	AFECTACIÓN A PERSONAS PARTICULARES.....	109
3.	NO-IDENTIDAD Y PRINCIPIO DEL DAÑO	111
4.	EL CONCEPTO NORMATIVO DE DAÑO	116
5.	MÁS ALLÁ DEL DAÑO	119
6.	PROBLEMAS DE LA TEORÍA DE LA NO-DIFERENCIA (TND)	121
7.	NO DOMINACIÓN Y PROBLEMA DE LA NO IDENTIDAD	123
8.	VENTAJAS DE LA SOLUCIÓN PROPUESTA	126
a.	ACEPTABILIDAD POLÍTICA	126
b.	JUSTIFICACIÓN NEUTRAL	127
c.	RESPUESTA AL TRILEMA DE FEINBERG.....	130
CAPÍTULO VI. DELITOS ACUMULATIVOS AMBIENTALES.....		136
INTRODUCCIÓN		137
1.	EL PROBLEMA DE LOS DAÑOS ACUMULATIVOS.....	138
2.	SOLUCIONES CONVENCIONALES.....	139
3.	MODELOS DE PROTECCIÓN PENAL DEL AMBIENTE: BIOCENTRISMO, ÉTICA CENTRADA EN LA VIDA, ANTROPOCENTRISMO.	142
4.	ERRORES AL PENSAR LOS DELITOS AMBIENTALES ACUMULATIVOS	147
5.	DERECHO PENAL Y RESPUESTA A OBJECIONES	151
a.	LA ADOPCIÓN DE TAB: SEGURIDAD Y NO DOMINACIÓN.....	151
i.	IMPUTABILIDAD DE LOS DAÑOS ACUMULATIVOS.....	155
b.	¿CENSURAR PEQUEÑOS EFECTOS? O LA ADOPCIÓN DE LA TEI.	157
6.	UNA SOLUCIÓN REPUBLICANA PARA LOS DAÑOS ACUMULATIVOS	158
7.	CONSECUENCIAS	166
CAPÍTULO VII. EL CASO BARRIO ITUZAINGÓ ANEXO DE LA CIUDAD DE CÓRDOBA 170		
INTRODUCCIÓN		171
1.	LOS HECHOS.....	171
2.	EL FALLO	173
3.	EL AMBIENTE COMO <i>RECURSO</i> A PROTEGER POR EL SISTEMA JURÍDICO ..	174
4.	RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN	178
a.	PROMOCIÓN DEL STATUS NO-DOMINADO Y PRECAUCIÓN.....	181
5.	DAÑO A LOS VIVOS Y A LOS NO CONCEBIDOS	183
a.	DAÑO A SUJETOS VIVOS	185
b.	DAÑOS A SUJETOS AÚN NO CONCEBIDOS	186
i.	EL PROBLEMA DE LA NO-IDENTIDAD (N.I.).....	187
CONCLUSIÓN.....		192
BIBLIOGRAFÍA.....		200

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN: OBJETIVO, IMPORTANCIA Y METODOLOGÍA

“We are the animals that can both understand and respond to reasons. These abilities have given us great knowledge, and power to control the future of life on Earth.”
(Parfit, Derek (2011) *On What Matters*, T.I, Oxford, Oxford University Press, p. 31)

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN: OBJETIVO, IMPORTANCIA Y METODOLOGÍA

INTRODUCCIÓN¹

El objeto del presente trabajo es intentar responder una pregunta. A primera vista parecerá sencilla. Sin embargo, su simpleza no le hará perder relevancia. El tema a analizar surge a raíz de muchas situaciones que se están dando en el mundo moderno. El comportamiento de los seres humanos ha puesto en peligro su propia supervivencia. Así, al accidente ocurrido en la central nuclear de Chernóbil, que en 1986 parecía aislado, hoy en día se han sumado otros, como el sucedido en la central de Fukushima (año 2011), que ponen sobre el tapete los riesgos de consecuencias nefastas que implica el desarrollo de ciertas actividades actuales. Tales situaciones desastrosas, también quedan de manifiesto en temáticas tan variadas que van desde el cambio climático o el calentamiento global, hasta la manipulación genética, la experimentación con embriones, y tragedias ambientales tales como la acaecida con el petrolero *Prestige* (año 2002) en las costas españolas. Todas estas circunstancias muestran el potencial de acción de los sujetos contemporáneos. Las consecuencias de las actividades que desarrollan, no sólo pueden afectar a los miembros de las generaciones presentes, sino también a los de las generaciones futuras.

En este trabajo, se indagará si está moralmente justificado que el derecho penal se ocupe de tales situaciones². Así, la pregunta que se quiere responder será la siguiente: ¿existen razones que permitan justificar prohibiciones penales destinadas a proteger a las generaciones futuras? Intuitivamente, parece que la respuesta debe ser afirmativa, sin embargo cuando uno se pregunta cuáles son esas razones, la cuestión deviene más compleja. Sin embargo, antes de comenzar con el desarrollo de la tarea de contestar a tal pregunta, en este capítulo, primer lugar se explicará la importancia de realizar un trabajo como el que se pretende; en segundo

¹ El desarrollo de este trabajo no habría sido posible sin los consejos, sugerencias y aportaciones de varias personas a las cuales les estoy agradecido y con las cuales me encuentro en deuda. En primer lugar a mis Padres, quienes siempre me apoyaron para que puede seguir adelante. A Romina Frontalini Rekers, por debatir arduamente conmigo la mayor parte de los puntos sobre los que versa este trabajo. A los a los profesores Hugo Seleme, José Peralta, Guillermo Lariguet y Fabián Balcarce de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina) quienes han realizado lúcidas observaciones a mis escritos. A Miguel Ángel Rodilla e Ignacio Berdugo sin cuyas aportaciones no habría podido avanzar en el plan de trabajo. Por último, no quisiera dejar de nombrar a la Dra. M. Teresa López de la Vieja, quien me ha permitido realizar una estancia en Investigación con su grupo de Ética aplicada de la Facultad de Filosofía de la Universidad de Salamanca, la que me ha resultado de gran utilidad.

² Las situaciones reseñadas son sólo a título ejemplificativo. Han ocurrido otros desastres naturales de gran magnitud ocasionados por el hombre tales como la explosión en el pozo de petróleo en Ixtoc One de la empresa Pemex en la bahía de Campeche (1979, México); el escape de pesticidas en Bhopal, causado por la compañía estadounidense Union Carbide (1984, India); los desastres nucleares de Takaimura en Tokio (1997-1999 Japón) y el desastre residual de la central termoeléctrica de Kingston en Tennessee (2008, EE.UU.), entre otras.

lugar, se esbozará el esquema mediante el cual se realizará la actividad; y en tercer lugar, se propondrá la metodología para alcanzarlo.

1. OBJETIVO E IMPORTANCIA DEL TRABAJO

Para comprender la importancia del trabajo que se quiere desarrollar, antes, se impone una aclaración. De acuerdo al esquema esbozado por Nino³, es posible afirmar que en el marco de una teoría normativa, los juristas pueden trabajar en dos niveles distintos de discusión. Por un lado, el nivel de la dogmática, entendida como tarea de reconstrucción del derecho positivo. Aquí, “*se asume la vigencia de las normas que constituyen el derecho positivo de un país, sin someterlo a consideración crítica, y se proponen alternativas de interpretación axiológicamente adecuadas, con el objeto de eliminar la indeterminación de algunas normas*”⁴. Por otro lado, se encuentra la discusión de filosofía normativa o práctica. El objetivo principal de este escrito se enmarca en el segundo nivel. Se indagará sobre “*la justificación y crítica de instituciones jurídicas fundamentales y de las normas positivas que regulan tales instituciones*”⁵. Así, el trabajo que aquí se va a desarrollar es de los llamados de *ética normativa*, la cual se refiere a las condiciones que deben cumplirse para que una determinada prohibición penal se encuentre justificada. En particular, se tratará de argumentar a favor de un principio normativo que pueda servir de justificación de las prohibiciones penales destinadas a proteger a las generaciones futuras. Específicamente se intentará dar respuesta a los casos donde la acción que se quiere evitar es causa –o parte de la causa– del nacimiento de un ser futuro. Asimismo, si es posible encontrar tal respuesta, se propondrá la mejor forma de tipificación penal capaz de lograr los objetivos propuestos.

Como se observa, éste trabajo no será estrictamente dogmático penal; tampoco es exclusivamente de filosofía moral. Puede considerarse de filosofía moral y de derecho penal. Por tanto, será estructurado en dos niveles. En el primero, se discutirán aspectos propios de la filosofía moral. En el segundo, se verá cómo las conclusiones allí alcanzadas pueden trasladarse a las legislaciones penales. Realizar esta actividad de dos niveles es relevante en dos ámbitos diferenciados. Primero, en la valoración moral de las instituciones penales. Dentro de esta, el análisis moral, por un lado, permitirá evaluar la corrección o incorrección de determinados ordenamientos positivos; y por otro lado, la adopción de tales

³ Nino, Carlos S (1980) *Los límites a la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Bs. As., Astrea, p. 17

⁴ Ídem, p. 19.

⁵ Ídem, p. 19

consideraciones al ámbito penal ayudará a concebir ordenamientos jurídicos positivos moralmente no objetables.

El segundo ámbito donde es relevante realizar un trabajo de dos niveles, es en el referido a la actividad interpretativa. Esta tarea podría no requerir del análisis de dos niveles si los ordenamientos jurídicos fueran sistemas completos y autosuficientes. Sin embargo, esto no es sostenible desde que existen situaciones de ambigüedad, vaguedad, lagunas y contradicciones⁶. Por tanto, el derecho penal de un determinado Estado no constituye un sistema que proporcione soluciones siempre, o al menos no una inequívoca y concluyente para cualquier caso que pueda presentarse. Así, dado que en todo sistema jurídico existen tales situaciones, la justificación de determinadas decisiones –judiciales, por ejemplo– no puede apelar meramente a las normas jurídicas positivas, sino que debe utilizar premisas adicionales, que indefectiblemente serán de índole valorativa.

Ahora bien, ¿cómo es posible obtener tales premisas? Históricamente ha habido dos corrientes que pretendieron responder a tal pregunta: el *iusnaturalismo* y el *positivismo*⁷. El primero, se caracteriza por tomar una postura previa. Así, recurre a un concepto de derecho valorativamente no neutro en función del cual trata de identificar soluciones plausibles. Para esta posición, sólo si se identifican las premisas adicionales axiológicas correctas, será posible dar solución a los casos donde se encuentren presentes situaciones de ambigüedad, vaguedad, lagunas o contradicciones. El *positivismo*, por su parte, concibe el derecho como un hecho, de modo que las soluciones que éste disponga son independientes de los juicios de adecuación axiológica con que estas últimas pueden ser evaluadas⁸. Desde este punto de vista, el derecho sería un sistema que contiene razones suficientes para justificar las soluciones que adopta. Sin embargo, algunos positivistas, como los *incluyentes*⁹, aceptan que se deben interpretar las normas recurriendo a consideraciones morales cuando el derecho incorpora un término moral. Por lo tanto, la actividad de argumentación moral respecto de la justificación de las prohibiciones penales es relevante en este ámbito, tanto se sostengan posiciones iusnaturalistas como de esta clase de positivismo. Pero si se trata de positivistas jurídicos

⁶ Salvo que se adopte una postura como la que aceptan los positivistas jurídicos *excluyentes*. La posición de Joseph Raz puede considerarse como ejemplo de ésta.

⁷ Es obvio que existen numerosas tesis positivistas y numerosas tesis iusnaturalistas. Sin embargo para los fines presentes, sólo es necesario esbozar el debate en sus rasgos más generales.

⁸ Al respecto, Hart presenta al positivismo jurídico: “*En ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así.*” (Hart, H.L.A. (1992 [1961]) *El Concepto de Derecho*, Bs. As., Abeledo Perrot, [Trad. G. Carrió] p. 230)

⁹ Una posición positivista *incluyente* es adoptada, por ejemplo, por Jules Coleman.

excluyentes, la práctica de argumentación moral no juega ningún papel en la actividad interpretativa. Sólo adquiere importancia como actividad justificativa, en el sentido de que estas posiciones requieren –de igual modo– premisas adicionales de índole axiológica para explicar por qué determinado ordenamiento jurídico debe ser obedecido. Se necesita del principio moral que prescribe que debe observarse lo que cierto derecho positivo disponga.¹⁰

Si las consideraciones anteriores son plausibles, el trabajo a desarrollar adquiere importancia específicamente en tres aspectos connaturales de la discusión jurídica. En primer lugar, el criterio normativo que se pretende elaborar servirá para evaluar moralmente los específicos ordenamientos penales válidos de un determinado país. En segundo lugar, tal criterio puede servir para justificar propuestas de *lege ferenda* sobre la tipificación penal de determinadas conductas. Sin embargo, dado que los ordenamientos positivos no pueden considerarse completos y en la medida en que los ámbitos de indeterminación legal lo permitan, el criterio al que se arribe puede influir en la comprensión e interpretación del derecho positivo vigente en un determinado territorio, lo que constituye el tercer aspecto de la discusión jurídica en el que el presente trabajo adquiere importancia.

2. ESTRUCTURA DEL TRABAJO

Como ya se ha afirmado, el objeto de la presente investigación es intentar responder una pregunta. Esto es: ¿existen razones que permitan justificar prohibiciones penales destinadas a proteger a las generaciones futuras? Se estructurará la búsqueda de la respuesta a tal interrogante del siguiente modo. Primero, en el capítulo II, se identificarán las diferentes justificaciones que se han pretendido dar a las tipificaciones penales. Esta tarea se realizará en primer lugar en el terreno de la discusión moral, y luego se verá cómo se han adoptado las conclusiones allí alcanzadas en la dogmática penal. La finalidad de realizar tal tarea es dilucidar cuáles son las características que debe tener un criterio que pueda justificar prohibiciones penales, que no se oponga a las aspiraciones más básicas de las personas. Esto es, que cada persona pueda ser artífice de su propia vida, sin limitaciones arbitrarias a su libertad.

En segundo lugar –en el capítulo III– se construirá, sobre la base del modelo propuesto por la filosofía política republicana, un criterio que permita justificar prohibiciones penales que dé cuenta de las consideraciones discutidas en el capítulo II. El criterio que se esbozará

¹⁰ Nino, Carlos S (1980) *Los límites a la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Bs. As., Astrea, p. 5

podrá, al igual que las construcciones liberales, enmarcarse en la regulación de acciones intersubjetivas, es decir, en el ámbito de aquellos comportamientos cuyas consecuencias pueden afectar la vida de otros. La propuesta republicana presentará dos ventajas a las construcciones liberales tradicionales. La primera tiene que ver con su capacidad para acercarse a las tradiciones anglosajonas y continentales en referencia al tema en cuestión. La segunda ventaja radica en que la erección de un criterio, que pueda justificar moralmente cualquier prohibición penal desde esta óptica, fomenta de mejor manera el ejercicio de la autonomía de cada persona.

Luego de realizar esta actividad, queda el terreno preparado para responder a la pregunta inicial, es decir, si existen razones que permitan justificar prohibiciones penales destinadas a proteger a las generaciones futuras. En los capítulos II y III se habrá concluido que sólo estarán justificadas aquellas tipificaciones que tiendan a fomentar un estado de cosas donde cada persona tenga la capacidad de ser autora de su propia vida. Sin embargo, hasta ese momento aún no se habrá dicho nada sobre la posibilidad de tipificar conductas para proteger a los miembros futuros de la sociedad. En el capítulo IV se emprenderá esta tarea. Así, en primer lugar se argumentará que la posibilidad de tipificar penalmente una conducta depende de la existencia de obligaciones para con los seres que se pretenden proteger. Segundo, se analizarán una serie de objeciones que se suelen presentar a tal extremo, para en un tercer momento identificar la que se cree la mejor teoría que permite fundamentar las obligaciones que se tienen entre los diferentes seres, incluidos los futuros.

Al finalizar el capítulo se introducirá un supuesto que atraviesa la cuestión intergeneracional que pone en cuestión muchas construcciones teóricas que parecen correctas. La referencia es a lo que Derek Parfit ha denominado problema de la *no-identidad*¹¹, el cual – en el marco del terreno penal– radica en que la propia acción que se pretende censurar, porque puede ocasionar una condición dañina en un ser, es a su vez la causa (o parte de la causa) de la existencia de ese ser. La presentación de este problema será útil para introducir una serie de modificaciones necesarias para que el criterio esbozado anteriormente –que permite justificar

¹¹ El problema ha sido descubierto por Derek Parfit en el manuscrito que hizo circular en 1976 “Overpopulation: Part One”. El argumento presentado apareció luego en dos artículos publicados en 1981 y 1982: “Energy and the Further Future” *Center for Philosophy and Public Policy*, University of Maryland (1981), pp.112-121 y “Future Generations: Further Problems” en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 11, N° 2 (Spring, 1982), 113-172. Alcanzó un desarrollo acabado, dando lugar a una profusa discusión filosófica luego de que fuera planteado en 1984 con detalle en la parte IV de su libro *Reasons and Persons*, Oxford Clarendon Press, pp. 351 y Ss.

prohibiciones penales– satisfaga de mejor manera las intuiciones morales de las personas, sin sustraerse de los principios que deben imperar en los estados de derecho.

En el capítulo V se propondrá una posible solución al problema de la no-identidad, cuando de prohibiciones penales se trata. Ya descartadas (conforme a las conclusiones alcanzadas en los capítulos II y III) las justificaciones que llamaremos “moralistas”, se analizará específicamente por qué los criterios liberales clásicos, esto es el *principio del daño*, y el concepto de *bien jurídico*, no pueden dar una respuesta satisfactoria al inconveniente. En sustitución, se intentará resolver el asunto a través del criterio –esbozado en el capítulo III– que afirma que sólo pueden justificarse prohibiciones penales cuando tiendan a fomentar un estado de cosas necesario para que no solo quienes existan, sino también quienes puedan alguna vez existir, tengan la capacidad de gobernar sus vidas, sin que las opciones que se les presenten (o se les puedan presentar) estén dominadas por otros sujetos. En nuestra opinión, esta propuesta no sólo puede dar una solución plausible a la justificación de prohibiciones penales destinadas a proteger a las generaciones futuras –incluso en los casos atravesados por el problema de la no-identidad–, sino que además es el único criterio que puede ser utilizado cuando se piense en la justificación de cualquier prohibición penal. Al finalizar tal capítulo, se enumerarán las ventajas de la construcción realizada.

En el capítulo VI se dará un paso más. Si bien, a esas alturas, ya se habrá dado una respuesta a la pregunta inicial, la tarea no estaría completa si no se indaga la forma que usualmente adoptan las tipificaciones penales destinadas a proteger a las generaciones futuras. En dicho capítulo, se analizará la cuestión referida a los que se han llamado “delitos acumulativos”. Se propondrán dos tesis de solución plausibles a la justificación de tales formas de censura penal. Además se analizará por qué las construcciones bio-céntricas y holísticas –en referencia a la cuestión ambiental– deben ser descartadas. Al finalizar el capítulo la posición antropocéntrica aquí defendida será más robusta. Asimismo, las problemáticas a las que nos enfrentan los daños acumulativos permitirán explorar toda la capacidad de rendimiento de la solución republicana propuesta.

Hasta ese punto, la tarea está destinada a encontrar un criterio que permita evaluar las legislaciones vigentes en los diferentes Estados. Asimismo, proporcionará razones para la reforma cuando tales normativas entren en contradicción con la propuesta. El objetivo del capítulo VII es diferente. Se tomará un precedente judicial donde se encuentran presentes la mayoría de los puntos analizados en el resto del trabajo. Se intentará mostrar de qué manera el

criterio diseñado en capítulos anteriores, puede ser utilizado para orientar las decisiones judiciales. Se terminará el trabajo con una serie de consideraciones finales, que no sólo permitirán contestar cabalmente a la pregunta inicial, sino que también podrán servir como fundamento o base de futuras investigaciones.

3. METODOLOGÍA

Como se sugirió, para cumplir con los objetivos del trabajo, se tratará de construir una estructura abstracta que permita proporcionar una justificación plausible. Se utilizará el *coherentismo*¹², posición dominante actualmente en el marco de la construcción de teorías éticas. Con arreglo a ella es inútil buscar para nuestras creencias morales un fundamento último, incommovible y fuera de discusión: las creencias sólo pueden justificarse por su relación con otras creencias. Esta forma de abordar la tarea, explicita los elementos que están detrás de casi cualquier discusión filosófica del derecho penal, a saber: por un lado una concepción general que muchos consideran intrínseca a un enfoque liberal de derecho penal, es decir aquella que lo entiende como instrumento para evitar o disminuir daños a terceras personas o daños sociales; y por otro lado, una serie de convicciones intuitivas compartidas acerca de cuáles son las condiciones y distinciones que un sistema de prohibiciones penales justas debiera tener en cuenta.

El procedimiento para la obtención del criterio normativo que se busca, surge de la ponderación entre ambos elementos. Tal metodología ha sido denominada *equilibrio reflexivo*. Consiste en contrastar ciertos principios que *prima facie* parecen sólidos, con intuiciones acerca de soluciones justas para determinados problemas. Se deben revisar sucesivamente los principios que no den cuenta de las intuiciones más firmes y abandonar las que no puedan justificarse en principios plausibles, hasta llegar a un equilibrio entre principios generales y convicciones particulares.¹³ A modo de ejemplo, y como adelanto del trabajo posterior, se puede decir que en el presente se partirá de los principios liberales que se consideran ampliamente aceptados a los fines de justificar prohibiciones penales, y se los contrastará con determinados casos¹⁴ en los que las intuiciones indican que la prohibición

¹² Jamieson, Dale (2004) “El método y la Teoría Moral” en Singer P (ed.) *Compendio de Ética*, Madrid, Alianza, pp. 637-651, p. 639.

¹³ Nino, Carlos S (1980) *Los límites a la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Bs. As., Astrea, p. 5

¹⁴ Se utilizarán, en general, ejemplos hipotéticos. Son “*casos de situaciones o acontecimientos que han tenido lugar o podrían tener lugar sin obligarnos a reescribir lo físico o cambiar nuestra concepción básica de cómo funciona el mundo*”. (Jamieson, Dale (2004) “El método y la teoría moral” en: Singer P. (2004) *Compendio de*

penal debiera estar justificada y, sin embargo, no puede estarlo desde el liberalismo tal y como es presentado en un primer momento. Por esta vía se intentará formular un nuevo principio con el que justificar prohibiciones penales. Si este no encuentra una justificación plausible –acorde con nuestras intuiciones morales más firmes–, deberá ser abandonado. Si la encuentra, habrá que ponderarlo con el criterio liberal original. El procedimiento se reiterará una y otra vez hasta que las intuiciones y los principios *prima facie* sólidos, se encuentren *equilibrados*.

El método de *equilibrio reflexivo* fue formulado por primera vez por Nelson Goodman en su ensayo “*Fact, Fiction and Forecast*”¹⁵ y es considerada dominante en el marco de la filosofía normativa desde que John Rawls se valió de él en su “*A Theory of Justice*”.¹⁶ Con todo, tal procedimiento tiene sentido sólo si se responde de manera afirmativa a la cuestión semántica referida a si los juicios morales son susceptibles de verdad o falsedad¹⁷. Por consiguiente, para desarrollar la tarea que aquí se propone, se tomará como supuesto el *objetivismo moral*¹⁸. Esta tesis afirma que las cuestiones morales tienen respuestas correctas, que –de acuerdo a la posición aquí adoptada– están determinadas por hechos morales objetivos.

Ética, Alianza, Madrid pp.637-351, p. 648). Estos ejemplos son de vital importancia ya que como nuestro trabajo se dedica a indagar sobre la corrección o incorrección moral de determinadas acciones, sería muy difícil poder decidir qué es lo que se debe hacer sin ellos. El decir qué hacer supone un razonamiento hipotético.

¹⁵ Goodman, Nelson (1953) *Fact, Fiction and Forecast*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press

¹⁶ Rawls, John (1971) *A Theory of Justice*, USA, Harvard University Press. [Existe traducción al español: Rawls John (1979) *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, Trad. Gonzales, M. Dolores]. Es cierto que tal metodología no fue utilizada por el autor por primera vez en tal obra. En 1951, recuerda Thomas Pogge, publicó “*Outline of a Decision Procedure for Ethics*”, donde se vale de un procedimiento anti-fundacionalista –en cierto modo semejante a su idea posterior del “equilibrio reflexivo”– para corregir los propios juicios morales ponderados [“considered moral judgments”] iniciales sobre casos particulares, tratando de explicarlos todos mediante un conjunto de principios morales” (Pogge, Thomas (2010[1994]) “John Rawls: Una Biografía” *Revista Co-herencia*, Vol. 7, N° 12, Enero-Julio, Medellín, Colombia, pp. 13-42. [Trad. L. García Jaramillo y M. G. Otoy Diehn] pp.26-27). Debo este dato al profesor M.A. Rodilla.

¹⁷ Véase, Moreso Juan José (2003) “El Reino de los Derechos y la Objetividad Moral” en *Revista Cartapacio de derecho* N° 4, Universidad Nacional del Centro

¹⁸ Otros trabajos similares han adoptado el mismo punto de partida. Así, por ejemplo, en relación tanto a la metodología como a la posición metaética Pontara, Giuliano (1996) *Ética y Generaciones Futuras*, Barcelona, Ariel, p. 36. [Trad. Riera Isabel]; Feinberg, Joel (1994) “Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming” en: él mismo, *Freedom and Fulfillment: philosophical essays*, New Jersey, Princeton University Press, pp. 3-36; Nino, Carlos S (1980) *Los límites a la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Bs. As., Astrea; Husak, Douglas (2013[2008]) *Sobrecriminalización: los límites del derecho penal*, Barcelona, Marcial Pons [Trad. Rocío Lorca Ferrero]; Alcácer Guirao, Rafael, (2001), *Los fines del derecho penal: liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*. Bogotá, Externado de Colombia. Desde una posición meta-ética diferente: Paredes Castañón, J. Manuel (2013) *La Justificación de las Leyes Penales*, Valencia, Tirant lo Blanch; Ferrajoli, Luigi (1995[1989]) *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta [Trad. P. Ibañez- A. Ruiz, J.C. Bayón, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero]

Ante tal afirmación es necesario realizar una precisión y, además, responder a una posible objeción que puede presentarse. La precisión se refiere a la entidad de los hechos morales. Así, existen posiciones que sostienen que tales hechos son entidades naturales, y posiciones que afirman que no lo son. Desde que G.E. Moore, en su “*Principia Ethica*”¹⁹ lanzó su argumento de la pregunta abierta parece que las tesis naturalistas no son plausibles. El argumento sostiene que los predicados morales, tales como *bueno* por ejemplo, no pueden ser analizados en términos naturalistas dado que cuando se afirma que la propiedad moral M es idéntica a la propiedad natural N, siempre será posible preguntar si N es M. Por ejemplo imagínese que se cree que lo *bueno* es aquello que promueve en mayor medida la felicidad, la cual es una propiedad natural. Aun así, parece que sigue teniendo sentido preguntar si ser feliz es *bueno*. Por lo tanto, los predicados morales deben referirse a propiedades no naturales. En este sentido se asumirá una perspectiva no naturalista²⁰.

La objeción a la que tiene que hacer frente el enfoque aquí propuesto proviene de cierta variedad de corrientes, difundidas entre juristas, que sostienen alguna especie de relativismo o escepticismo ético. Tesis que de ser correctas, harían ver como irracional la tarea de fundamentar moralmente la legislación positiva. En nuestro caso particular, si las corrientes relativistas o escépticas estuvieran en lo cierto, la pregunta que quiere ser analizada en este trabajo, a saber: si existen razones que puedan justificar determinadas tipificaciones penales, carecería de sentido (o al menos no sería una que deba preocuparle particularmente a los juristas). Ahora bien, el relativismo ético puede sostenerse y discutirse en tres niveles diferentes: sociológico, ético-normativo y meta-ético.²¹

1) El *Relativismo sociológico* sostiene que, de hecho, sociedades diferentes suscriben a principios valorativos antagónicos o adoptan creencias axiológicas diferentes, las cuales –por tanto– tienen un valor equivalente. La primera parte de la afirmación del relativismo sociológico puede ser correcta, y lo será si es posible comprobarla empíricamente. Sin embargo, del hecho de que existan diferentes convicciones morales no es posible inferir que todas ellas sean válidas por igual. Aún más, es posible demostrar –gracias a la práctica de argumentación moral– que alguna de las creencias que de hecho se profesan, son falsas. La objeción del relativismo sociológico es útil para añadir una distinción que juega un importante

¹⁹ Moore, G.E. (1993[1903]) *Principia Ethica*, revised edition, Cambridge, Cambridge University Press, p. 58.

²⁰ En el sentido de: Parfit, Derek (2011) *On What Matters*, T.I, Oxford, Oxford University Press, pp. 43 y Ss.

²¹ Con modificaciones, se seguirá el esquema propuesto por Nino, Carlos S (1980) *Los límites a la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Bs. As, Astrea, p. 15 y ss.

papel en la tarea de justificar moralmente prohibiciones penales: esto es, la distinción entre la moral positiva de una sociedad y la moral crítica. La primera, sería aquella que de hecho está vigente en una sociedad concreta, afirmación a la que parece referirse el relativismo sociológico; en tanto que la segunda es aquella que se tiene por correcta (o válida) con independencia de que la siga o no una determinada sociedad. El interrogante que da lugar a este trabajo, debe contestarse en términos de esta última.

2) El *relativismo ético (normativo)* afirma que lo que es correcto, bueno o justo para un individuo o sociedad no es correcto, bueno o justo para otro u otra. Esta posición ataca a la práctica normativa propia de la moral crítica que aquí se sustenta. Por tanto, frente a esta segunda forma de relativismo, no puede esgrimirse la misma respuesta que a la anterior. Ahora bien, la afirmación propia de este tipo de relativismo puede ser entendida en dos sentidos diferentes. En el primero, la tesis afirma: A) “la acción *a* es *correcta* cuando la realiza el agente X, pero es *incorrecta* si la realiza el agente Y”. En el segundo, por su parte, la tesis afirma: B) “la acción *a* que se realiza es *correcta*, pero alguien podría pensar que es *incorrecta*”.²² Ambas formas de entender la objeción relativista violan rasgos ampliamente aceptados de la práctica de la discusión moral. La primera (A), viola el principio de *universalización* del juicio moral, que exige tratar de igual modo a todos los casos en que todos los aspectos relevantes son iguales; en tanto que la segunda (B), el principio de *consistencia*, dado que si alguien sostiene que algo es bueno (o que una acción es correcta), implícitamente sostiene que no es malo (o que una acción no es incorrecta). Por tanto, cualquiera que sostuviera que lo es, debiera estar equivocado.²³

Nuevamente, aunque esta objeción es errónea, sirve para aclarar otro aspecto que muchas veces se esgrime para argumentar en contra de la posibilidad de justificar moralmente instituciones, particularmente prohibiciones penales. Algunos creen que sólo las posiciones relativistas pueden garantizar una actitud tolerante frente al *disidente*²⁴. Esto es paradójico y puede explicarse como fruto de una confusión. Es paradójico porque el relativismo no es

²² Si la objeción se refiriese a las consecuencias de las acciones y no a estas últimas, en lugar de pronunciarse sobre su corrección o incorrección debería afirmar lo siguiente. En A) “Una consecuencia *a* es *bueno* cuando la realiza el agente X, pero es *mala* para el agente Y”. En B) “una consecuencia *a* que se produce es *bueno*, pero alguien podría pensar que es *mala*”.

²³ Nino, Carlos S (1980) *Los límites a la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Bs. As, Astrea, p. 15

²⁴ Para una defensa de esta posición véase Ferrajoli, Luigi (1995[1989]) *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta [Trad. P. Ibañez, A. Ruiz, J.C. Bayón, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero], p. 461 y ss.

compatible con la defensa de valores como principios morales absolutos: si no se admite que la tolerancia es un principio moral absoluto, entonces, es difícil fundamentar actitudes tolerantes ante comportamientos diversos. La confusión es la siguiente. Muchas veces se dice que del hecho de que un sujeto X sostenga que una determinada acción es correcta, y por tanto la contraria que realiza otro sujeto Y es incorrecta, es una razón para que el sujeto X impida que el sujeto Y realice la acción contraria, que previamente se ha catalogado como incorrecta. Esto es falso. Debe distinguirse la posibilidad de realizar un juicio moral sobre la corrección o incorrección de las acciones, de las actitudes que deben seguirse con los otros agentes morales en las mutuas interacciones. Así, por ejemplo del hecho de que un sujeto sostenga que fumar es incorrecto, no se sigue que si observa a otro encender un cigarro, deba apagarlo coactivamente. Aún más, una cosa es hacer un juicio moral sobre la corrección o incorrección de fumar; otra diferente es expresarle a alguien el juicio que previamente se ha hecho; y finalmente, una muy distinta es realizar una acción en contra de quien no comparte nuestro juicio. El objetivismo moral que aquí se propone, además de respetar los rasgos de *universalidad* y *consistencia* de la práctica moral, acepta a la tolerancia como un valor absoluto que favorece una convivencia pacífica.

3) El *relativismo meta-ético (escepticismo)* sostiene que no es posible demostrar racionalmente la validez de juicios acerca de principios morales últimos. La objeción que se plantea desde esta afirmación es seria y contestarla de manera acabada requeriría de un trabajo mucho más amplio. Sin embargo, para los fines que aquí se proponen, es suficiente con afirmar que aunque se admitan los extremos de la crítica, “*la posibilidad de presentar un sistema coherente y comprensivo de principios valorativos que satisfaga las intuiciones que muchas personas compartan, constituye un proyecto plausible y prometedor.*”²⁵ Asimismo, la aceptación de tal tesis relativista lleva a una *catástrofe práctica*²⁶, ya que supone que al no ser posible dirimir una controversia entre juicios morales últimos, no es posible resolver el problema de las acciones contrapuestas. Si no es posible definir qué acción es correcta y cuál incorrecta, no existen razones para actuar en uno u otro sentido. El escepticismo lleva al quietismo.

En resumen, la posición objetivista que se propone para desarrollar el presente trabajo, no sólo es ventajosa, sino que además confiere a la argumentación moral una función

²⁵ Nino, Carlos S (1980) *Los límites a la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Bs. As, Astrea, p. 17

²⁶ Ídem, p. 17

eminentemente práctica. En particular, los criterios para justificar prohibiciones penales, pueden ser razones para modificarlas en caso de demostrarse que una determinada tipificación es injusta o ineficaz. En el primer caso, si la norma se manifiesta incoherente con el criterio moral sustentado; en el segundo, si se demuestra incapaz para realizar los objetivos que le son inherentes. Realizar esta actividad crítica es posible debido a que las normas vigentes en cualquier Estado son una especial clase de hechos. Son una creación humana en el sentido de que su existencia, persistencia y contenido dependen de la acción y de la conducta de los hombres. “*Son las que son, pero podrían ser otras. Y como toda obra humana, están sujetos a la cuestión de su justificación.*”²⁷ De modo que la tarea de discutir si las normas son las que deben ser, no sólo no carece de sentido, sino que además deviene de vital importancia.

²⁷ Rodilla, Miguel A. (2013) *Teoría del Derecho*, Salamanca, Ratio Legis, p. 77

CAPÍTULO II

LA JUSTIFICACIÓN DE LAS PROHIBICIONES PENALES

“Que la única finalidad por la que el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás”
(Mill, John S. (1970[1859]), *Sobre la Libertad*, Madrid, Alianza, p. 65.)

“Como quiera que se piense sobre el fundamento jurídico y el fin del Derecho Penal, el hecho es que se podrá estar de acuerdo con diversos pareceres al respecto, supuesto que admitamos que forma parte de la esencia del poder del Estado garantizar parejamente el disfrute de ciertos bienes a todos los hombres que viven en él, bienes dados a éstos por la naturaleza o que son el resultado de su desarrollo social y de la asociación civil”
(Birnbaum, J. M. F. (2010[1834]), *Sobre la Necesidad de una Lesión de Derechos para el Concepto de Delito*, Bs.As. BdeF, p. 58.)

CAPÍTULO II. LA JUSTIFICACIÓN DE LAS PROHIBICIONES PENALES

INTRODUCCIÓN

A los fines de indagar si existen razones que permitan justificar prohibiciones penales destinadas a proteger a las generaciones futuras, el punto de partida no puede ser otro que la realización de un análisis de las posibles justificaciones morales que pueden darse a las diferentes tipificaciones penales. Esto servirá para observar qué clase de argumentos son aceptables y cuáles no. En este capítulo, por tanto, en primer lugar se realizará una reseña respecto del debate moral sobre la justificación de prohibiciones penales. En un segundo momento se analizará cómo las ideas debatidas en el plano moral han tenido repercusión en las diferentes construcciones penales. Esta tarea, proporcionará una base para poder proponer, en el capítulo siguiente, un criterio que permita justificar prohibiciones penales que sea acorde con las finalidades del estado de derecho, y –dentro de ellas– las destinadas a proteger a las generaciones futuras.

1. LAS PROHIBICIONES PENALES Y EL DEBATE MORAL

En las primeras páginas de *Punishment and Responsibility*, H.L.A. Hart realiza una sugerente pregunta: “¿por qué hay cierta clase de conductas prohibidas por el derecho y así hechas delitos o crímenes?”²⁸. El mismo autor responde que es para anunciar a la sociedad que no deben realizarse ciertas acciones. Sin embargo, tal respuesta no resuelve todo el asunto referido a la justificación de las prohibiciones penales. Existen muchas formas de comportamiento indeseable que sería absurdo intentar censurar mediante el uso del derecho penal. Un ejemplo, traído por Douglas Housak, es ilustrativo al respecto:

Supóngase que el Estado decide encargarse del problema de la obesidad criminalizando al que consume de rosquillas. Si nosotros asumimos que la libertad de comer rosquillas no es especialmente valiosa, entonces el Estado sólo debería tener una razón mínima para disuadir a las personas de hacerlo. Ciertamente, el hecho de que las rosquillas no sean saludables, provee tal razón. Esa razón puede justificar medios no penales para desalentar el consumo –incrementar los impuestos, tandas publicitarias, programas educativos y cosas por el es estilo–. Sin embargo, los intereses implicados en el derecho penal en contra del consumo de rosquillas son mucho más significativos. Las personas no solo tiene un interés en consumir rosquillas, sino también tienen un interés en no ser castigados cuando infringen dicha proscripción.²⁹

²⁸ Hart, H.L.A. (1968) *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press p. 6

²⁹ Husak, Douglas (2008) *Overcriminalization: the limits of criminal law*, New York, Oxford University Press, pp. 101-102

Este ejemplo es útil porque muestra que, si bien existen prácticas indeseables y por tanto es posible esgrimir razones para erradicarlas, cuando la referencia es a la utilización del derecho penal tales razones deben tener un peso especial. Deben explicar además, por qué el Estado tiene razones para intervenir en la vida de las personas por medio de la coacción. Por lo tanto se debe encontrar un criterio que permita justificar moralmente las censuras penales, para distinguir aquellas conductas que deben ser castigadas, de aquellas que no.

El debate referido a las razones que pueden contar o no para justificar moralmente prohibiciones penales es de larga data. En el marco de la tradición anglosajona –con influencia de las obras de Bentham³⁰– John Stuart Mill³¹ sostenía que la obligación de no lesionar los intereses de los demás miembros de la sociedad se derivaba del mismo hecho de gozar de sus beneficios. Así, para él la única razón por la cual el Estado podría ejercer coacción –y por tanto prohibir penalmente una determinada conducta– de manera moralmente justificada contra cualquier individuo, era prevenir un daño a terceros. En el ámbito continental-europeo, más de medio siglo antes –en Alemania–, Wilhelm von Humboldt había formulado un principio similar:

Con vistas a garantizar la seguridad de los ciudadanos, el Estado debe prohibir o restringir todas aquellas acciones que se refieran de manera inmediata sólo a quien las realiza de las que se derive una lesión de los derechos de otros. (...) Cualquier restricción de la libertad privada que vaya más allá o se imponga por otros motivos distintos se sale de los límites de la acción del Estado.³²

Estas líneas argumentales, fundamentaron a los principios liberales subyacentes a las distintas tipificaciones penales. En el ámbito anglosajón sirvieron de apoyo al principio del daño (*Harm Principle*), y en el espacio continental al concepto de bien jurídico (*Rechtsgut*)³³.

Sin embargo, estas no son las únicas posiciones que intentaron fundamentar axiológicamente a las prohibiciones penales. Cuando Mill propuso su argumento, tuvo que enfrentarse a J. F. Stephen quien sostenía que “*si el objetivo de la coacción es bueno y el bien que se alcanza supera los inconvenientes de la compulsión misma, es incomprensible que, de*

³⁰ Afirmaba J. Bentham: “*No hagáis intervenir el poder de las leyes, sino para impedir que se dañen unos a otros; aquí es donde ellas son necesarias: aquí es donde la aplicación de las penas es verdaderamente útil porque el rigor de que se usa con uno sólo, hace de la seguridad de todos.*” Bentham, Jeremy (1981[1821]) *Tratados de Legislación Civil y Penal*, Madrid, Ed. Nacional [Trad. Ramón Salas], pp. 77-78

³¹ Mill, John S. (1992 [1859]), *Sobre la Libertad*. Madrid, Alianza.

³² von Humboldt, Wilhelm (1988[1792]) *Los límites de la acción del Estado*, Madrid, Tecnos, [trad Joaquín Abellán] p. 122

³³ Ciertamente es que en von Humboldt no hay referencia directa al bien jurídico, pero los fundamentos de este último pueden rastrearse hasta los escritos de aquel.

acuerdo con principios utilitaristas, la coacción pueda ser mala”³⁴. La posición de Stephen justificaba el uso de prohibiciones penales para mantener la moral vigente en la sociedad. Creía que ella tenía un valor que bastaba para que su protección pudiera ser invocada como razón justificadora de prohibiciones penales. Tal posición, que es conocida en la actualidad como *populismo moral* (o positivismo moral), sostiene que para justificar una prohibición penal, es suficiente la existencia de un consenso social respecto de un determinado valor.

El populismo moral subyacente a la tesis de Stephen no es el único que se ha propuesto como criterio justificador. A mediados del S. XX, con motivo del debate que se suscitó en Inglaterra por el informe Wolfenden sobre la descriminalización de la homosexualidad y la prostitución, Lord Devlin afirmó: “*Yo pienso, por tanto, que no es posible establecer límites teóricos al poder del Estado para legislar sobre la moralidad. (...) [E]l establecimiento de la moralidad es necesario tanto para el buen gobierno como para el bienestar de la sociedad.*”³⁵ Devlin, al igual que Stephen, no descartaba que el Estado pueda utilizar la legislación –incluso la penal– para fomentar o mantener una determinada moralidad social. Sin embargo le concedía un valor diferente. Para Devlin, la moral sólo tenía un valor instrumental. Esto es: era importante en la medida en que su mantenimiento sirviera para que no se produzca una desintegración social. Afirma:

Se produce una desintegración cuando la moral social no es observada y la historia muestra que la relajación de los vínculos morales es frecuentemente el primer paso hacia la desintegración, por tanto la sociedad está justificada en la adopción de las mismas medidas para preservar su código moral tal como lo hace para preservar su gobierno y otras instituciones esenciales.³⁶

Contra ambos tipos de moralismo H. L. A. Hart argumentó en una serie de ensayos que tuvieron alto impacto.³⁷ Sin embargo, antes de repasar sus argumentos debe recordarse una distinción que se ha presentado en el capítulo anterior: esto es, la distinción entre la *moral positiva* de una sociedad y la *moral crítica*. La primera, sería aquella que de hecho está vigente en una sociedad concreta; en tanto que la segunda es la que se tiene por correcta (o

³⁴ Nino, Carlos S (1980) *Los límites a la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Bs. As., Astrea, p. 273. J. F. Stephen aseveraba que existen otros casos importantes de coerción estatal justificada que no tienen que ver con la protección y seguridad de las personas. Suscribía que ella podía tener lugar también para el establecimiento y el mantenimiento de determinada religión; para mantener una determinada moralidad o con el objetivo de proponer alteraciones en las instituciones. (Stephen, James F. (1991[1874]) *Liberty, Equality Fraternity*, Chicago, University Chicago Press, p. 61)

³⁵ Devlin, Patrick (1965) “Morals and the Criminal Law” en: él mismo, *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, p. 36

³⁶ Ídem, p. 36

³⁷ Hart, H.L.A. (2006[1962]) *Derecho, Libertad y Moralidad*, Madrid, Dykinson, trad. M.A. Ramiro Avilés

válida) con independencia de que la siga o no una determinada sociedad. Aunque por razones diferentes, tanto Stephen como Devlin parecen dar importancia a la moral positiva de una sociedad como criterio para justificar prohibiciones penales: el primero, porque la considera valiosa en si misma; el segundo por su papel instrumental, como herramienta para el mantenimiento de una estructura social. Por el contrario, Hart sostenía que la moral positiva no debía ser tomada en cuenta como criterio de legitimación de prohibiciones penales, entre otras razones, porque la moralidad vigente en una sociedad puede ser aberrante. Siendo así, no se ve cuál podría ser el argumento en favor de mantenerla. Asimismo, Hart realizó afirmaciones más precisas en relación a las dos tesis rivales. Respecto de la de Stephen argumentaba que no veía claro cuál era el valor de obtener conformidad con las pautas morales vigentes a través del miedo y la coacción, y no por medio del convencimiento. Respecto de la segunda, respondía que no era claro por qué el cambio de las pautas morales tendría como consecuencia la destrucción de una sociedad.³⁸

En los años siguientes a 1960, se vivió una discusión similar en el ámbito continental, más precisamente en Alemania. En 1962 el Gobierno federal presentó un proyecto de StGB, donde se abogaba expresamente a favor del mantenimiento de la punibilidad de la homosexualidad, por ser casos de *“conducta especialmente reprobable éticamente y vergonzosamente según la convicción común.”*³⁹ Frente a ello, en 1966 un grupo de catorce catedráticos, presentó el “Proyecto alternativo de Código Penal”, donde afirmaron que *“las penas y medidas sirven para la protección de bienes jurídicos y consecuentemente [se] abogaba por la impunidad de acciones meramente inmorales, pero no lesivas para los derechos de nadie.”*⁴⁰

Tanto de la controversia propia del ámbito anglosajón, como de la del continental, se desprende la misma conclusión. Así, dado que el tema referido a la justificación de las prohibiciones penales es propio de la moral crítica, el debate precedente giraba en torno a si esta apoyaba o no la exigencia de que el derecho deba reconocer la moral positiva de una sociedad, cualquiera sea su contenido. La posición que se fundamenta en el principio del daño

³⁸ Nino, Carlos S (1980) *Los límites a la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Bs. As., Astrea, p.277

³⁹ Véase, Roxín, Claus (1997[1994]) *Derecho Penal, Parte General, Tomo I: fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas [Trad. D. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. de Vicente Remesal], p. 52

⁴⁰ Ídem, p. 52-53

o en el concepto del bien jurídico responden de manera negativa a la cuestión. En tanto que la posición que prescinde de estas construcciones lo hace de manera positiva.

La exposición que se ha desarrollado hasta el momento ha servido para presentar dos posibles posiciones con las que justificar prohibiciones penales. Sin embargo, existen otras tesis que pretenden ocupar el mismo lugar. Así, como recuerda Nino, fuera del debate entre Hart y Devlin había quedado una posición que sin poder incluirse en lo que se ha llamado populismo moral, tampoco exigía que las conductas –objeto de tipificación penal– tuvieran que causar daños a terceros: la tesis de que “*la justificación moral de un sistema jurídico requiere que él haga efectivas pautas morales válidas*”.⁴¹ El autor rechaza tal posición. Para ello argumenta que lo único que moralmente se le puede exigir a un sistema jurídico desde el punto de vista de la moralidad crítica, es que él mismo no viole ninguno de sus principios, pero que no le es exigible que establezca sanciones por las violaciones de tales principios⁴². Si esto es aceptable, entonces es posible mantener que aunque ciertos actos sean moralmente injustificados, el derecho no está moralmente justificado para interferir con ellos.⁴³ Pero si esto es así, ¿qué es lo que diferencia, desde el punto de vista de una moral crítica, aquellos actos que pueden ser castigados de aquellos que no? La respuesta debe conectarse con la fundamentación en virtud de la cual se legitima la organización política a través de la existencia del sistema de Estados, cuya función es garantizar que las personas no vean menoscabada su libertad por circunstancias arbitrarias.⁴⁴

El origen de la respuesta al interrogante se desplaza a un concepto normativo de persona⁴⁵, es decir a uno que indique cómo ellas deben ser tratadas. En tanto agentes morales se han conceptualizado a las personas como “agentes sensibles a razones”⁴⁶, seres no sólo

⁴¹ Nino, Carlos S (1980) *Los límites a la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Bs. As., Astrea, p. 281

⁴² Aunque reconoce que esto no sería así, si la moral crítica en cuestión estableciera un principio en función del cual sus otros principios deben hacerse efectivos por medio de la coacción.

⁴³ Nino, Carlos S (1980) *Los límites a la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Bs. As., Astrea, p. 281. Recuérdese el ejemplo del inicio del trabajo donde se proponía castigar a aquellos que comieran rosquillas.

⁴⁴ Véase, Beitz, Charles, (2012[2009]) *La Idea de los Derechos Humanos*, Barcelona, Marcial Pons, [Trad. H. Seleme y C. Fatauros] pp. 161 y Ss.

⁴⁵ John Rawls, en *Liberalismo Político*, afirma: “*puesto que las personas pueden ser participantes plenos en un sistema justo de cooperación social, les atribuimos los dos poderes morales relacionados con los elementos en la idea de cooperación social [...]; a saber: la capacidad de tener un sentido de justicia y la capacidad de adoptar una concepción del bien*”. (Rawls, John (1995[1993]) *Liberalismo Político*, México, Fondo de Cultura Económica, [Trad. S. Madero Báez], p. 42)

⁴⁶ Seleme, Hugo O. (2010), “La Legitimidad como autoría” en *Revista Brasileira de Filosofia RBF* 234 pp. 73-99, p.82

dotados de conocimiento, sino también capaces de decidir sobre su propio futuro, y el de la vida sobre la tierra. Hugo Seleme, caracteriza a tal conceptualización como sigue:

Un agente sensible a razones, posee dos aspiraciones: 1) dirigir sus vidas a partir de sus propias consideraciones; y 2) que estas consideraciones sean genuinas razones. Si su vida es dirigida a partir de [a] decisiones de otro o [b] decisiones propias no fundadas en genuinas razones, sus intereses en tanto agente racional no han sido satisfechos⁴⁷.

Aclarar el punto [b], implica realizar un análisis de lo que significa “tener una razón para” o sobre el concepto de razón, un asunto que, al igual que otros conceptos fundamentales, requiere de difíciles explicaciones, en las que no es necesario entrar en este momento. Sin embargo, cuando de legitimación de prohibiciones penales se habla, lo que está en juego es [a], es decir la posibilidad de que la vida de un sujeto sea dirigida a través de las decisiones de otro –v.gr.: el Estado–. Cuando los esquemas institucionales coactivos vuelven más probable que un sujeto tome determinado curso de acción o bien soporte un determinado estado de cosas, restringe esa posibilidad que poseen las personas de dirigir sus vidas conforme a sus propias consideraciones, razón por la cual tal restricción debe encontrarse justificada.

La capacidad de dirigir la propia vida conforme a razones o a las propias decisiones se ha desarrollado bajo el principio de *autonomía personal*⁴⁸, que es distintivo de la concepción liberal de la sociedad. Al acogerlo, el liberalismo adopta como “*una de sus principales y máspreciadas características la neutralidad valorativa frente a las distintas concepciones particulares del bien profesadas por los ciudadanos.*”⁴⁹ En consonancia con ello, intenta diseñar sus instituciones sin apelar a ninguna concepción de la “vida buena,” con el fin de que, entre otras cosas, sus ciudadanos puedan decidir el destino de sus propias vidas.⁵⁰

Ahora bien, dentro del principio de autonomía personal deben distinguirse las acciones que tienen que ver con la dimensión *intersubjetiva* de la moral de las que se relacionan con la moral *auto-referente*. En el primer caso, la moral regula las acciones de un sujeto respecto de

⁴⁷ Idem

⁴⁸ O de la expresión “*ser autor de la propia vida*” (Utilizada por Raz, Joseph (1987) “Autonomy, Toleration, and the Harm Principle” en Gavison Ruth, *Issues in Contemporary Legal Philosophy: the Influence of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon press, pp. 313-333, p. 314. También, Seleme, Hugo O (2010), “La Legitimidad como autoría” en *Revista Brasileira de Filosofia RBF* 234 pp. 73-99)

⁴⁹ Seleme Hugo O. (2004) *Neutralidad y Justicia: en torno al liberalismo político de John Rawls*, Madrid, Marcial Pons, p. 25

⁵⁰ En el marco de la filosofía continental también está presente el ideal de neutralidad liberal. Afirma J. Habermas: “*En las sociedades liberales, todo ciudadano tiene el mismo derecho a seguir sus planes de vida «con todas sus fuerzas»*” (Habermas, Jürgen (2002[2001]) *El Futuro de la Naturaleza Humana: ¿hacia una eugenesia liberal?*, Barcelona, Paidós [trad. R.S. Carbó] p. 84)

los otros; en tanto que en el segundo regula los comportamientos cuyos efectos sólo inciden en el carácter moral del agente que las realiza. Desde el principio de autonomía personal, que considera valiosa la capacidad de que cada uno sea autor de su propia vida, la moral *intersubjetiva*, conlleva una autolimitación: la de que –en ocasiones– para preservar la autonomía, hay que restringirla. Hecho que “*ocurre cuando los estándares de conducta libremente aceptados por ciertos individuos, les permiten afectar la autonomía de otros individuos para obrar de acuerdo con estándares de conducta libremente aceptados, por ejemplo, matándolos, lesionando su integridad corporal, etc.*”⁵¹ En tales casos, desde el liberalismo, se considera legítima una intervención coactiva del Estado, de modo que existirían razones para justificar una prohibición penal. No obstante, tal autolimitación no se da cuando se habla de la libre elección de ideales personales de excelencia humana. Esto, porque por un lado tales acciones no afectan por sí mismas a terceros; y por el otro, el Estado tiene vedado hacerlo dada la neutralidad valorativa que exige el liberalismo respecto de las distintas concepciones de la “buena vida” que pueden profesar las personas.

En suma, desde el liberalismo, sólo pueden ser prohibidas por el Estado a través del derecho penal aquellas acciones que son criticables en el marco de una moral intersubjetiva, porque coartan la posibilidad de que otros ciudadanos puedan desarrollar sus propios planes de vida como deseen. Las pautas de moral *auto-referente*, por el contrario, deben quedar al margen de la posibilidad de regulación penal estatal, debido a que lo contrario implicaría coartar el fundamento que da legitimidad a la existencia del sistema de Estados, que no es otro que garantizar que cada persona pueda ser autora de su propia vida.

En contraste con las posiciones liberales, fundamentadas en el principio de autonomía, se deben mencionar dos justificaciones adicionales que se han esgrimido para fundamentar moralmente prohibiciones penales. Los Estados que no dan valor a la autonomía pueden legitimar el castigo de conductas meramente inmorales por más que no dañen a terceros. Adoptan una visión *perfeccionista*, si la ley se utiliza como instrumento para inducir a los individuos a adoptar formas de vida moralmente dignas y a realizar ciertos ideales de perfección humana.⁵² Para esta posición, la justificación del reproche penal sería la degradación moral del agente en la ejecución de tales actos y su fracaso en satisfacer ideales

⁵¹ Nino, Carlos S (1992) *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Bs. As., Astrea. p. 165

⁵² Nino, Carlos S (1980) *Los límites a la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Bs. As., Astrea, p. 289

de virtud personal⁵³. En ese caso, el Estado da igual importancia a la violación de la moral intersubjetiva como a la auto-referente.

La segunda justificación de prohibiciones penales, es aquella que se ha denominado *paternalismo*. Esta tesis suscribe que es legítimo utilizar la legislación penal para ayudar a la gente, aún en contra de su voluntad, a satisfacer lo que se supone que son sus propios planes de vida.⁵⁴ El debate sobre la legitimidad de las prohibiciones paternalistas es un tanto más complicado que el referido a las perfeccionistas. El paternalismo se apoya en el hecho de que muchas veces por circunstancias externas o de debilidad de la voluntad, los sujetos no pueden desarrollar sus propios planes de vida sin la imposición de restricciones institucionales. En estos casos la restricción a la libertad de las personas por medio del derecho estaría justificada si se garantiza la incolumidad de las posibilidades de decisión futuras del agente. Con todo, si bien es cierto que este argumento permite restricciones paternalistas para garantizar opciones futuras, la utilización de legislación penal con tal pretensión es objetable. Esto dado que, entre otras cosas, la misma incapacidad del individuo para actuar conforme a sus intereses puede menoscabar la posibilidad de reproche penal.⁵⁵ De modo que incluso si las circunstancias de debilidad de la voluntad pudieran justificar la existencia de prohibiciones penales, tales tipificaciones carecerían de función práctica.

Distinta sería la situación si se tiene una concepción de la identidad personal como la de Derek Parfit. Sostiene este autor, *grosso modo*, que la identidad personal –es decir aquello que hace que una persona sea “la misma” a través del tiempo– es la posesión de determinadas relaciones psicológicas (recuerdos o cuasi-recuerdos) a través del tiempo (sin que exista bifurcación). De modo que la identidad es una cuestión susceptible de graduación. Uno puede ser más o menos la misma persona a través del tiempo. De hecho, cuanto más tiempo pase entre un momento T1 y un momento T2 futuro, es más probable que la relación psicológica – que dota de identidad a la persona– sea menor. Si es así, puede que el yo futuro (remoto) de una persona no comparta nada, o muy poco, con el yo presente de ella. Ante tal situación, la

⁵³ Ídem, p. 285

⁵⁴ Nino, Carlos S (2013) *Ocho lecciones de ética y derecho para pensar la democracia*, Bs. As., Siglo XXI, p. 127. Gerald Dworkin da uno de los conceptos más extendidos de paternalismo. Afirma: “*Por paternalismo entenderé, en un sentido amplio, la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, al bien, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses o a los valores de la persona coaccionada.*” (Dworkin, Gerald (1990[1971]) *El Paternalismo*, en Betegón J. y Páramo J. *Derecho y Moral: ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel, [Trad. J. Malem], pp.147-161, p.148)

⁵⁵ Nino, Carlos S (1980) *Los límites a la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Astrea, Bs. As., p. 289

realización de un acto contrario a los intereses del yo futuro del agente podría ser objeto de reproche. Esto, dado que, al decir del mismo autor, “*debemos evitar que nadie haga a su yo futuro lo que sería incorrecto hacer a otras personas.*”⁵⁶ Con todo, si la tesis de la identidad personal de Parfit es correcta, aunque existirían menos reparos para justificar tipificaciones dirigidas a impedir que una persona realice actos que vayan en contra de los intereses de su “yo” remoto futuro, es difícil aceptar que en estos casos se esté hablando de paternalismo. Esto dado que desde tal posición es problemático considerar como la misma persona al “yo” presente de un sujeto y a su “yo” futuro remoto, cuando las conexiones psicológicas entre ambos son débiles.

1. RECAPITULACIÓN

Tras este examen de los criterios que pueden alegarse para decidir cuándo existen razones para que un determinado ordenamiento tipifique penalmente una conducta, sería de utilidad una breve recapitulación. En *primer* lugar, se ha dicho que el debate referido a la justificación moral de las prohibiciones penales es propio del ámbito de la *moral crítica*, es decir, aquella que se tiene por válida con independencia de su seguimiento por parte de un determinado grupo social. *Segundo*, se han conceptualizado las posiciones propias del *populismo moral*, que sostienen que los ordenamientos jurídicos deben ser informados por la moral positiva de una determinada sociedad, sea cual sea esta. Dentro de esta posición, se ha distinguido la tesis *radical* de Stephen, que entiende que la moral positiva de una determinada sociedad es valiosa en sí misma; de la más *moderada* de Lord Devlin, según la cual debe protegerse la moral positiva en la medida en que contribuya a garantizar el mantenimiento de una determinada estructura social. *Tercero*, se ha introducido la distinción entre la moral *auto-referente* y la moral *intersubjetiva*. La primera regula las acciones cuyos efectos inciden sólo en el carácter moral del agente. Dentro de ella se han distinguido –a los fines de encontrar tipificaciones penales justificadas– las tesis *perfeccionistas* de las *paternalistas*. Las primeras justifican tipificaciones penales destinadas a inducir a los individuos a adoptar formas de vida moralmente dignas; y las segundas las justifican cuando ayudan al agente a satisfacer los que se suponen son sus propios planes de vida, sean cuales sean estos últimos.

La moral *intersubjetiva*, por otro lado, es aquella que se refiere a la relación con otras personas. En el marco del pensamiento liberal es la moral intersubjetiva y no la auto-referente

⁵⁶ Parfit, Derek (1984) *Reasons and Persons*, Clarendon Press, Oxford p.321 [Parfit, Derek (2004) *Razones y Personas*, Antonio Machado Libros, Madrid, trad. Mariano Rodríguez González, p. 560]

la que es relevante a efectos de justificar restricciones penales. Se ha dicho que, dado que las personas son sujetos que pueden entender y comprender razones, tienen un interés en gobernar su vida conforme a sus propias decisiones. Esta pretensión, que reconoce fundamento en la autonomía personal, es la que debe garantizarse por medio de los órdenes institucionales coactivos. Así, no estará moralmente justificada una restricción cuando la acción del sujeto sea realizada en ejercicio de su propia autonomía y no ocasione algún perjuicio a terceros. Sin embargo, la realización de un acto que afecte o restrinja las posibilidades de terceros de gobernarse conforme a sus propios intereses, da a los órdenes institucionales coactivos razones para intervenir de manera moralmente justificada, dado que su función es, precisamente, garantizar la autonomía personal.

2. PROHIBICIONES PENALES Y EL DEBATE PENAL

Hasta el momento se ha examinado el debate moral respecto de la justificación de las prohibiciones penales, y se ha optado por defender una posición que garantice que cada persona pueda gobernar su vida conforme a sus propias decisiones. Es tiempo de trasladar el debate al terreno propio del derecho penal. Campo en el que no resulta dificultoso encontrar doctrinas que se hacen cargo de los diferentes criterios reseñados anteriormente. En lo que sigue, de manera sucinta, se presentarán diferentes posiciones doctrinales con el fin de mostrar que el debate moral tiene importancia práctica también en el seno de las discusiones dogmáticas. La exploración de las diferentes posiciones defendidas por teóricos penales hará que, cuando llegue el momento específico de abordar el problema de investigación que quiere resolverse en este trabajo, no sea necesario presentar alternativas que ya se han rechazado por no respetar los principios que deben imperar en los Estados que se jactan de diseñar sus instituciones con el objetivo de respetar el carácter de agente moral de las personas que son sus ciudadanos.

1. POSICIONES LIBERALES

i. EL PRINCIPIO DEL DAÑO

Los teóricos penales liberales anglosajones a los fines de establecer cuándo una prohibición penal se encuentra justificada utilizan, en primer lugar, al principio del daño (*Harm Principle*). Sus orígenes, como se sugirió al reseñar el debate moral en torno a la justificación moral de las prohibiciones penales, se encuentran en los escritos de J. S. Mill. Este autor limitaba la esfera de las conductas que podían ser legítimamente castigadas por el

Estado a aquellas que ocasionaban un daño a terceras personas.⁵⁷ Sin embargo, tal interpretación del principio, se ha considerado demasiado estrecha, en la medida en que no contempla las acciones que simplemente comportan *riesgos* de causar daños a terceros. Joel Feinberg, quien debe de haber realizado el estudio más profundo existente sobre el principio del daño, amplía la concepción milliana también a aquellas conductas que provoquen riesgo de consecuencias lesivas en el futuro. Feinberg, define al principio del daño en los términos siguientes:

Una buena razón en apoyo de la legislación penal es siempre la de que probablemente sea eficaz para prevenir (eliminar, reducir) un daño a personas diferentes del actor (a quien se dirige la prohibición) y que probablemente no haya otra medida igualmente eficaz a un costo no mayor para otros valores.⁵⁸

En referencia al riesgo, se pregunta Feinberg:

Los daños a los intereses deben ser prevenidos mediante la prohibición de acciones que puedan invadirlos, pero ¿Cuán probable tiene que ser el daño para justificar una prohibición penal? [...] El grado de *riesgo*, que varía en relación directa tanto con su magnitud como con su probabilidad, debe ser de vital importancia para el legislador guiado por el principio del daño.⁵⁹

Como se observa, Feinberg define al principio del daño de una manera similar a como lo hacía Mill. Sin embargo, como muestra la segunda cita, no se contenta con justificar la tipificación de acciones susceptibles de producir un daño, sino que además acepta la legitimidad de la censura penal de acciones que creen meramente un riesgo de daño. Ahora bien, ante tal conceptualización, es necesario realizar dos precisiones. La primera: el daño a un tercero (o el peligro de que acaezca en el futuro) derivado de una acción, no es una condición suficiente para que una prohibición penal se encuentre justificada. Esto dado que si existe la situación contemplada en la descripción del principio del daño, para que una determinada tipificación no encuentre reparos morales, es necesario que no se den –de manera concomitante– los que se ha llamado *mediating principles*⁶⁰. Estos son un conjunto de razones para no castigar penalmente una conducta lesiva o peligrosa. Tales razones pueden ser o bien de índole instrumental o bien normativas. Dentro de las primeras se encuentra, por ejemplo, la razón que prescribe no criminalizar una determinada conducta cuando existe una alta

⁵⁷ Sostenía Mill en el capítulo 1 de *Sobre la Libertad*: “Que la única finalidad por la que el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás” (Mill, John S. (1995 [1859]), *Sobre la Libertad*. Madrid, Alianza, p.65)

⁵⁸ Feinberg, Joel (1984) *Harm to others: the moral limits of criminal law vol. I*, Oxford, Oxford University press p. 26

⁵⁹ Ídem, pp. 190 y 191

⁶⁰ *Mediating Maxims* en la terminología de Feinberg (Feinberg, Joel (1984) *Harm to others: the moral limits of criminal law vol. I*, New York, Oxford University press p.187 y ss.)

probabilidad de que ello incremente el riesgo de que se produzcan mayores daños de los que se desean evitar. Respecto de las normativas se pueden enunciar una serie de principios que formulan razones morales para no criminalizar conductas lesivas (o riesgosas), tales como el principio de autoprotección y subsidiariedad, el de tolerancia, o el de proporcionalidad.⁶¹ Pero tampoco es una condición necesaria, dado que existen otras conductas que –según la visión de Feinberg– pueden ser legítimamente criminalizadas con fundamento en otro principio: el principio de ofensividad (*offense principle*).

La segunda precisión se refiere al concepto mismo de la expresión “daño”. Feinberg lo define en términos de interés. Para él, se está en presencia de un daño –en el sentido del principio del daño– cuando una conducta menoscaba el *interés* de un tercero. Ahora bien, el autor puntualiza que la noción de interés debe representar una superposición entre sus sentidos normativos y no normativos.⁶² Esto quiere decir que no basta con que la acción del agente X coloque al agente Y en una peor situación, sino que además debe hacerlo de manera no justificada. Tiene que vulnerar un derecho de la persona que sufre la agresión. El hecho de interpretar daño en el sentido de interés indica que el daño no es una propiedad de la conducta misma, sino que se refiere a los efectos que una conducta representa para una persona o institución.⁶³

ii. EL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD

En el marco de las posiciones liberales anglosajonas, el principio del daño no puede agotar todos los ámbitos de prohibiciones penales justificadas. La autonomía de los sujetos no sólo se ve disminuida cuando algún interés suyo se ve afectado, sino también cuando determinadas acciones provocan una perturbación en los estados mentales de quien los sufre. Así, la vergüenza, el pudor, el disgusto, la ansiedad o el dolor pueden ocasionar que una persona vea limitada su capacidad para gobernar su vida conforme a sus propias decisiones. Para legitimar prohibiciones penales que tiendan a proteger a las personas –y con ello su autonomía– frente a estos menoscabos, los teóricos liberales anglosajones han propuesto el principio de ofensividad (*Offense Principle*). Este principio afirma que: “*es siempre una buena razón en apoyo de una prohibición penal si es probablemente necesaria para prevenir*

⁶¹ Véase von Hirsch A; Seelman K; Wohlers, W (2012) “Introducción, ¿Qué son los mediating principles? En Robles Planas (ed.) *Límites al Derecho Penal*, Barcelona, Atelier pp. 55-61

⁶² Feinberg, Joel (1984) *Harm to others: the moral limits of criminal law, Vol. I*, New York, Oxford University press p.34

⁶³ Husak, Douglas (2013 [2008]) *Sobrecriminalización: los límites del derecho penal*, Barcelona, Marcial Pons. [Trad. Rocío Lorca Ferrero], p. 129

una ofensa seria a una persona diferente del actor y probablemente sería un medio eficaz para ello en caso de adoptarse.”⁶⁴ También en este caso, el principio requiere algunas precisiones. La primera referida al carácter meramente indiciario de la ofensa respecto de la justificación de una prohibición penal. Siempre que una conducta pueda causar una ofensa seria a un tercero habrá una razón para censurarla penalmente. Sin embargo tal razón no es suficiente. Deberá indagarse si existen otros medios menos gravosos para evitar tal ofensa.

La segunda precisión es que, al igual que *daño*, el término *ofensa* puede ser entendido de varias maneras. Así, la acción que produce una ofensa no solo debe poder afectar el estado mental de un tercero, sino que además debe hacerlo de manera injusta⁶⁵, es decir de una forma que no esté permitida. Este último elemento, llamado normativo, adquiere mayor importancia. De hecho sólo es necesario que la acción produzca una ofensa, no que la víctima se sienta afectada.⁶⁶ Ello muestra que la expresión “ofensa” que se maneja en este punto tiene una característica especial. Los estados mentales que quieren protegerse a través de las tipificaciones justificadas por el principio de la ofensa son siempre los mismos: se busca que las personas no experimenten dolor, vergüenza, ansiedad, etc. de modo que el gobierno de su propia vida no se vea comprometido por los efectos de acciones externas. Sin embargo las acciones que de manera injusta ocasionan tales estados mentales no son inmutables, varían dependiendo de la específica sociedad y del momento en el que sean realizadas. Este dato indica que junto a la vida, la libertad individual o la propiedad de los sujetos –que son ámbitos protegidos con tipificaciones justificadas por el principio del daño–, existen otros ámbitos de libertad cuya existencia y configuración dependen de las concretas situaciones sociales en las que cada persona y sociedad desarrolla su vida. Lo “obsceno” de una acción o lo “injuriante” de una expresión no es algo que pueda definirse en términos absolutos. Una misma expresión (o una misma acción) no es considerada igualmente “obscena” o “injuriante” en todo tiempo y lugar. Tales características dependen del específico contexto en el que se realizan. Por consiguiente, el principio de ofensividad (*Offense Principle*) provee un criterio que puede justificar prohibiciones de conductas que afectan aspectos esenciales de los sujetos –tales como sus estados mentales– pero cuyo ámbito de protección se configura de manera relativa.

⁶⁴ Feinberg, Joel (1984) *Harm to others: the moral limits of criminal law, Vol. I*, New York, Oxford University press p. 26

⁶⁵ Feinberg, Joel (1985), *Offense to others: the moral limits of criminal law, Vol. II*, New York, Oxford University press p. 2

⁶⁶ Idem, p. 2

iii. EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO

Las posiciones dogmáticas de tradición continental, han buscado en el concepto de bien jurídico no sólo un criterio sistematizador de las prohibiciones penales, sino también lo han dotado de una función crítica. El origen de tal concepto puede encontrarse en la formulación de derechos *externos* realizada por Anselm Feuerbach⁶⁷ y que adquiere precisiones más parecidas a las presentes con el posterior desarrollo de Birnbaum⁶⁸. En el momento actual, aunque es ampliamente compartida (aunque no de forma unánime⁶⁹) su importancia como criterio dotado de función crítica, no es pacífica la delimitación de sus extremos. Al igual que ocurría con los defensores del principio del daño, existe consenso en que la existencia de un bien jurídico no es una condición suficiente para justificar una censura penal. Es sólo una razón necesaria. Junto con la existencia de un bien jurídico, debe constatarse la existencia o inexistencia de los llamados *principios informadores* de derecho penal, tales como los de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad.

En lo que sigue se presentarán, sucintamente, una serie de propuestas defendidas por los principales teóricos del bien jurídico con el fin de tratar de encontrar el mejor criterio que pueda ser utilizado para justificar moralmente a las prohibiciones penales.⁷⁰ En los Estados que se jactan de ser respetuosos de la autonomía personal, no puede haber conceptualización

⁶⁷Feuerbach, Anselm P.J. (1989[1847]) *Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania*, Bs.As., Hammurabi [Trad. E. Zaffaroni e I. Hagemeister], p. 63.

⁶⁸ Birnbaum, Johann M.F. (2010[1834]) *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, Bs. As., BdeF, [Trad. J. L. Guzmán Dálbora] especialmente, pp.35-72. No escapa a quien suscribe que la evolución de la teoría del bien jurídico ha tenido en los escritos de Karl Binding y Franz von Liszt aportes importantes. Afirmaba este último, diferenciándose de la tesis bindiniana del bien jurídico como bien del derecho: “Nosotros llamamos bienes jurídicos a los intereses protegidos por el derecho. (...) El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico” (von Liszt, Franz (1999[1881]) *Tratado de Derecho Penal*, T. II. Madrid, Reus [Trad de la 20° ed. L. Jiménez de Asúa], p. 6)

⁶⁹ Wolfwang Frisch se ha expresado en contra de la función crítica del concepto de bien jurídico: “Ante todo, es evidente que la noción de bien jurídico permite construir cualquier cosa, de manera que la adopción de este concepto no ofrece al derecho penal ningún contorno preciso, ni puede protegerlo frente a una ampliación (quizás) desmesurada” (Frisch, Wolfwang (2004[1996]) “Delito y sistema del delito” en Wolter, J. y Freund, G. (eds.) *El sistema integral del derecho penal*, Madrid, Marcial Pons [Trad. R. Robles Planas], pp. 193-280, p. 195)

⁷⁰ El desarrollo que se hará a continuación probablemente será demasiado simplificado, de modo que tal vez los autores no estarían del todo conformes con la forma en que se clasificarán las diferentes interpretaciones del concepto de bien jurídico. Sin embargo, dado el gran número de posiciones que existen al respecto, las diferentes tesis se agruparán de acuerdo a cuál es, desde nuestro punto de vista, la propiedad más relevante que cada una de ellas atribuye al bien jurídico.

legítima que no tome como punto de referencia al individuo⁷¹. Por lo tanto sólo las construcciones que parten de tal fundamento serán esbozadas en este apartado.

1. TEORÍA PERSONAL DEL BIEN JURÍDICO

Esta posición, defendida principalmente por la llamada *escuela de Frankfurt*, concibe al Estado no como un fin en sí mismo, sino solamente como un instrumento que debe ser utilizado para el desarrollo y aseguramiento de las posibilidades vitales del hombre.⁷² De manera similar a los defensores del principio del daño, también ahora se pone una especial atención en la noción de interés. W. Hassemer, quien quizás haya realizado la construcción más robusta dentro de esta posición, afirma que “*los bienes jurídicos son intereses humanos que requieren protección estatal.*”⁷³ Por tanto, no habrá tipificación penal justificada si no está dirigida a proteger un interés humano. En torno a la noción de *interés*, no sólo se protegen afectaciones directas a los derechos individuales sino también a aquellas instituciones que son necesarias para que los individuos puedan desarrollar sus vidas conforme a sus propias decisiones. Al contrario de lo que usualmente se le atribuye, los seguidores de esta construcción del concepto de bien jurídico, no niegan la existencia de bienes jurídicos colectivos, sólo que los funcionalizan a intereses individuales. Bienes jurídicos que no son otros que aquellos necesarios para que cada uno pueda ser autor de su propia vida⁷⁴. Se ha criticado esta tesis, dado que se la considera demasiado estrecha por resultar incapaz de hacer frente a las exigencias que demandan las nuevas formas de criminalidad en la sociedad moderna.⁷⁵

⁷¹ Así, afirma Nuria Matellanes: “*no es posible pensar en bienes jurídicos que no tengan como referencia última al ciudadano, individualmente considerado*” (Matellanes Rodríguez, Nuria (2000) *Medio Ambiente y Funcionarios Públicos: análisis del tipo objetivo del artículo 329 del Código Penal*, Barcelona, Bosch, p.81)

⁷² Hassemer, Winfried (1989) “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico” en *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las ciencias penales*. Bs. As. pp. 275-285 [trad. Patricia Ziffer], p. 281.

⁷³ Ídem, p.282

⁷⁴ Una posición similar es sostenida en España por Francisco Muñoz Conde en Muñoz Conde F. y Hassemer W. (1989) *Introducción a la Criminología y al derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch p.103; en Italia por Luigi Ferrajoli en Ferrajoli, Luigi (1995[1989]) *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta, p. 464; en Argentina por Raúl E. Zaffaroni en Zaffaroni R.E.; Alagia, A; Slokar A (2002) *Derecho Penal, Parte General*, Bs. As. Ediar p. 127 y Zaffaroni Raúl E. (2012) “Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con)fusiones” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, pp. 3-14

⁷⁵ Véase Schünemann, Bernd (1996) “Consideraciones Críticas sobre la ciencia jurídico-penal alemana” *Anuario de derecho penal y ciencias penales UAM*, [trad. M. Cancio Meliá], Tomo 49, Fasc/Mes 1, 1996, pp. 187-217, p.194

2. TEORÍA FUNCIONAL DEL BIEN JURÍDICO

Aunque existen varios funcionalismos en la dogmática penal contemporánea, se reserva en este apartado tal expresión para hacer referencia a la construcción del concepto de bien jurídico realizada por Claus Roxin (y toda su escuela)⁷⁶. El autor sostiene que se entienden por bienes jurídicos a las “*circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de fines o para el funcionamiento del propio sistema.*”⁷⁷ Esta construcción, al igual que la anterior, se caracteriza por ser esencialmente antropocéntrica. Sin embargo el espectro dentro del cual pueden legitimarse tipificaciones penales es más amplio. No sólo deben gozar de protección, a través del derecho penal, aquellos intereses que son necesarios de forma directa para el libre desarrollo de cada individuo, sino también estructuras y sistemas cuyo mantenimiento es necesario para el libre desarrollo de la sociedad en su conjunto.

R. Hefendehel y B. Schünemman han seguido esta línea de trabajo con aportaciones interesantes. El primero, por un lado, ha legitimado la protección de aquellos bienes jurídicos que adquieren fundamento en la *confianza*⁷⁸ que debe existir para su mantenimiento; por el otro, ha legitimado que se protejan bienes jurídicos colectivos a través de las tipificaciones en forma de delitos de acumulación⁷⁹. B. Schünemann, por su parte, ha contribuido con su desarrollo en torno al concepto de *bien jurídico intermedio*. Por tales se entienden a aquellos que son merecedores de protección a través del derecho penal, en la medida en que son necesarios para proteger otros bienes jurídicos.⁸⁰ Por consiguiente, por más que la acción concreta que se quiere censurar no pueda afectar de ningún modo algún bien jurídico “individual”, tal tipificación se encontrará justificada si está diseñada para proteger una

⁷⁶ En España, sigue una posición análoga Ignacio Berdugo en: Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio (2012) *Viejo y Nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del derecho penal de hoy*, Madrid, IUSTEL, p. 111

⁷⁷Roxin, Claus (1997[1994]) *Derecho Penal: Parte General*, Tomo I, Madrid, Civitas, [Trad. D. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. de Vicente Remesal] p. 56

⁷⁸ Hefendehl, Roland (2007) “El Bien jurídico como eje material de la norma penal” en él mismo, (ed) *La Teoría del Bien Jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons pp. 179-196 p. 190

⁷⁹Hefendehel Roland (2002) “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?: Bienes Jurídicos Colectivos y Delitos de Peligro Abstracto, en *RECPC* 4-14-2002; Hefendehl, Roland (2007) “El Bien jurídico como eje material de la norma penal” en él mismo, (ed) *La Teoría del Bien Jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons pp. 179-196 p. 194

⁸⁰ Schünemann, Bernd (2007) “El Principio de Protección de Bienes Jurídicos como punto de Fuga de los Límites Constitucionales de los tipos penales y de su interpretación” en Hefendehel, Roland (ed) *La Teoría del Bien Jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons pp.197-226 p.223

institución o una *política* necesaria para la protección de aquel bien personal. La crítica a esta posición gira en torno a que, aunque *prima facie* se presenta como una teoría antropocéntrica, legítima que se imponga un castigo a un sujeto por realizar una acción que no puede afectar a otro ser humano de manera directa. Esta justificación resulta dudosamente aceptable cuando se presupone que el objetivo del sistema de Estados es compatibilizar las posibilidades de que todos los individuos puedan gobernar sus vidas de acuerdo a sus propios designios.

3. TEORÍA MODERNA DEL BIEN JURÍDICO

Con el objetivo de superar el punto de vista restringido del que es acusada la construcción de la escuela de Frankfurt y tratar de evitar la erección de bienes jurídicos cuya afectación no tenga incidencia directa en la vida de los individuos, en los últimos tiempos se ha propuesto una teoría alternativa. Esta posición parte de la idea desarrollada por el filósofo de Tubinga Otfried Höffe, quien considera que la comunidad es una asociación de personas o un ámbito de relaciones humanas tanto de cooperación como de conflicto.⁸¹ Ahora bien, si “*la necesidad del derecho resulta de la coordinación requerida para el libre desenvolvimiento de los individuos, el principio legitimador de la estricta universalización tiene que asegurar la compatibilidad de la libertad de cada cual con la libertad de cada uno de los demás para la mayor ventaja de todos.*”⁸² Sin embargo, la coacción debe ser legítima, dado que limita la libertad de acción. Por ello, las renunciaciones a la libertad que conlleva el derecho penal deben tener como correlato renunciaciones en las libertades de los demás a fin de que redunde en beneficio de todos. Con este punto de partida, Kindhäuser define el bien jurídico como “*aquellas características de las personas, cosas o instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado democrático y social de Derecho.*”⁸³ Esta construcción parece superar los inconvenientes de las dos tesis anteriores. Por un lado (al igual que en la tesis de la escuela de Frankfurt) erige el concepto de bien jurídico sólo con relación a la protección del desarrollo individual; mientras que por otro lado, permite (del mismo modo que la tesis funcional) considerar a estructuras institucionales o sistémicas como objeto de protección legítimo. Sin embargo, no independiza su protección de la afectación al libre desarrollo individual, realizada por cada acción censurada. Para esta tesis sólo es legítima una

⁸¹ Hoffe, Otfried (2002 [1987]) *Justicia Política*, Barcelona, Paidós, p. 70

⁸² Kindhäuser, Urs (2010) “Personalidad, Culpabilidad y Retribución de la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal” en *Derecho y Humanidades*, n° 16, vol I 2010, pp.31-48, p.33

⁸³ Kindhäuser, Urs (2009) “Estructura y Legitimación de los delitos de peligro e el derecho penal” en *InDret*, febrero 2009, p. 7; Una tesis similar es sostenida en España por Rafael Alcacer Guirao, en Alcacer Guirao, Rafael (2003) *¿Lesión de Bien Jurídico o Lesión de Deber? Apuntes sobre el contenido material del delito*, Barcelona, Atelier, pp. 91 y ss.

tipificación cuando el bien jurídico al que protege sea necesario para que cada individuo gobierne su vida conforme a sus propias decisiones. Así tanto se esté hablando de bienes jurídicos “individuales”, como de bienes “colectivos”, ellos sólo podrán servir como criterio de justificación de prohibiciones penales cuando la acción concreta haga más costoso o impida que las personas puedan gobernar sus vidas de manera autónoma.

Esta tesis resulta plausible dado que el valor de los bienes jurídicos está dado por la función que prestan al libre desarrollo individual,⁸⁴ que puede verse afectado tanto si lo que se menoscaba es un bien individual como si es uno colectivo. Sin embargo, no escapa a toda crítica. La teoría parte de un modelo contractual donde lo relevante es que los esquemas institucionales proporcionen ventajas mutuas a todos los individuos. Pero este punto de partida es problemático. Si se admite que existen personas dotadas de tanto poder e inmunidad como para no necesitar de un orden institucional para ser autor de su propia vida, no tendrían ninguna razón para pertenecer a un esquema construido contractualmente, y en ese caso no habría ningún argumento para imponerles restricciones. Esto no sólo parece implausible, sino que además lleva a consecuencias absurdas, tales como que sólo se justificaría la existencia de prohibiciones penales cuando están destinadas a aquellos sectores sociales vulnerables –o de mediana vulnerabilidad–, donde la renuncia a la propia libertad se justifica si con ella se gana seguridad.

2. MORALISMO

A continuación se presentarán posiciones modernas de teóricos penales que no responden a los principios y conceptos antes esbozados. Puesto que lo que se busca es un criterio de justificación de prohibiciones penales que regule situaciones propias de una moral intersubjetiva, podría pensarse que la exploración de esas posiciones es irrelevante. Sin embargo, muchas soluciones que se proponen a los problemas que enfrenta el derecho penal actual tienen fundamento en tesis que se han catalogado como propias de alguna forma de *moralismo*. Claro que, a estas alturas, no puede negarse que las concepciones liberales también intentan proteger valores morales. Sin embargo, la diferencia entre ellas y las posiciones moralistas es que estas últimas no remiten a una relación –como lo hacen las

⁸⁴ Kindhäuser, Urss (2009) “Estructura y Legitimación de los delitos de peligro e el derecho penal” en *InDret*, febrero 2009, p. 10.

liberales— de autor-víctima, sino que pretender proteger —de diferentes maneras— valores por sí mismos⁸⁵ o propios de esquemas de moral auto-referente.

i. POPULISMO MORAL

Las posiciones que afirman que la protección de la moral positiva de una sociedad puede justificar moralmente prohibiciones penales encuentran, en la actualidad, cierto eco entre los penalistas. Günter Stratenwerth, por ejemplo, cree que el consenso social es el rasgo que legitima las normas de conducta como tal.⁸⁶ Por eso considera que cuando se legisla penalmente, debe tenerse en cuenta la *convicción cultural dominante*.⁸⁷ El parentesco entre esta tesis y la sostenida por Stephen, reseñada en el apartado 1 de este capítulo, parece innegable. Por tanto, la crítica formulada contra esta última puede trasladarse a la posición propuesta por el autor suizo, enmarcada en lo que se ha llamado *populismo moral radical*. Las convicciones culturales dominantes no deben ser tenidas en cuenta como criterio de legitimación de prohibiciones penales, dado que la amplitud del consenso social existente no inmuniza a la moralidad contra la posibilidad de ser aberrante.

Otros autores que afirman que las convicciones morales vigentes en una sociedad pueden justificar prohibiciones penales no alegan en su apoyo el mero hecho de que esas convicciones son ampliamente compartidas. Más bien, argumentan que tales convicciones desempeñan una función de integración social. Así, Günther Jakobs sostiene que “*un legislador que no esté persiguiendo la opresión de sus ciudadanos nunca protegerá la moral per se, sino, en todo caso, determinados contenidos cuando la sociedad los necesite, o crea necesitar, para su mantenimiento.*”⁸⁸ La propuesta del profesor de Bonn, como se ve, es propia de lo que se ha llamado *populismo moral moderado*, ya que si bien cree que la protección de la moral vigente en una sociedad puede ser una razón para justificar tipos penales, ella no tiene valor por sí misma. De hecho, niega cualquier posibilidad de concederle valor en este sentido, excepto cuando su regulación contribuya al mantenimiento de la sociedad. Incluso da un paso más y sostiene que la moral puede justificar tipificaciones

⁸⁵ Seher, Gerhard (2007) “La Legitimación de las Normas Penales basadas en Principios y el Concepto de Bien Jurídico” en Hefendehel, Roland (ed) (2007) *La Teoría del Bien Jurídico*, Madrid, Marcial Pons, pp. 69-92, p. 87

⁸⁶ Stratenwerth, Günter (2012) “Sobre la legitimación de los delitos de conducta” en Robles Planas, Ricardo (ed.) *Límites al Derecho Penal*, Barcelona, Atelier pp. 237-247 p.239

⁸⁷ Ídem, p. 239

⁸⁸ Jakobs, Gunther (2003) “¿Qué protege el derecho penal: bienes Jurídicos o la vigencia de la norma” en Mintelegre Lynet E (Coord.) *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs*, T.I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 39-56, p. 48

penales que tengan el objetivo de inculcar a los miembros sociales determinadas pautas morales. Esta última afirmación podría entenderse como una expresión de lo que se ha denominado perfeccionismo; sin embargo esto es un error, puesto que en este caso la prohibición penal no se piensa para la realización o fomento de ningún ideal de perfección o de virtud humana, sino sólo para introyectar valores cuando tal actividad contribuya a lograr una mejor integración social.⁸⁹

ii. PERFECCIONISMO

Tampoco son ajenas a la dogmática penal moderna las tesis perfeccionistas. En la literatura continental, pero en mayor medida en la anglosajona se encuentran teóricos dispuestos a sostener que el derecho, en particular el derecho penal, tiene la misión de fomentar determinados valores morales. Estas posiciones no ven en el daño a terceros ni en la protección de la moral social el criterio justificador de las prohibiciones penales. Más bien creen que el Estado tiene la misión de fomentar determinados ideales de virtud personal. Por lo tanto conciben la comisión de un delito como una forma de degradación moral del agente que lo comete, que justifica el reproche penal.

En el ámbito continental la posición de Hans Welzel puede ser leída en términos perfeccionistas. Como es sabido, para Welzel existen estructuras llamadas *lógico objetivas* que son previas al legislador y que le imponen ciertos límites. Entre ellas se encuentra no sólo el concepto de acción final, sino también aquellos valores que deben ser fomentados por la legislación. Aunque Welzel reconoce al derecho penal la misión de proteger bienes jurídicos, lo hace sólo porque los considera un instrumento adecuado para proteger determinados valores que deben ser fomentados a través del derecho penal. En sus propias palabras, “*es misión del derecho penal la protección de los valores ético-sociales elementales del sentir (de acción), y sólo después, incluido en él, el amparo de los bienes jurídicos individuales*”⁹⁰. Esta afirmación se explica desde que Welzel construye toda la estructura de la teoría del delito sobre la base de un concepto finalista de acción.⁹¹ Visión que lo conduce a la conclusión de

⁸⁹ Sostiene el autor comentado: “*existe una dependencia recíproca entre la sociedad y el Derecho penal: cabe pedir al Derecho penal que realice esfuerzos para asumir problemas sociales, hasta que el sistema jurídico alcance la complejidad adecuada con referencia al sistema social, del mismo modo que a la inversa, el Derecho penal puede recordar a la sociedad que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles*” (Jakobs, Günther, (2000) *Sociedad Norma y Persona en una Teoría del Derecho Penal Funcional*, Madrid, Civitas pp. 23-24)

⁹⁰ Welzel, Hans (1956) *Derecho Penal, Parte General*, Bs. As. Depalma, [trad. C. Fontan Balestra], p. 6.

⁹¹ Una de sus más famosas frases es la siguiente: “*la finalidad es un actuar dirigido conscientemente por un objetivo, mientras que la mera causalidad no está dirigida por un objetivo, sino que es el resultado de la*

que el análisis que el derecho penal hace de ellas depende de las intenciones del sujeto. Por tanto, deja de ser relevante el reproche por haber afectado a un tercero y comienza a serlo la virtud o el vicio del sujeto. Esta conclusión adquiere mayor apoyo si se recuerda que según Welzel: “*el papel más profundo que juega el derecho penal es de naturaleza positivo-ético-social; proscribiendo y sancionando el apartamiento realmente manifiesto de los valores fundamentales del pensamiento jurídico.*”⁹² En conclusión, él cree que una de las funciones del derecho penal es el reproche a las personas por haberse apartado de determinados valores que es función del derecho penal fomentar. Así, desde esta concepción, el delito manifiesta la degradación moral del agente que lo hace susceptible de reproche.

En la literatura penal anglosajona, John Gardner se ha erigido en partidario del *perfeccionismo* penal al considerar que aquello que debe justificar la censura de ciertas conductas no es el daño a terceros, sino la incorrección moral del acto mismo.⁹³ Aunque el profesor de Oxford acepta al principio del daño, lo interpreta en un sentido muy diferente del que en su momento se ha reseñado. Para él, el papel del principio del daño no es servir como criterio para censurar acciones que producen consecuencias lesivas a terceros, sino permitir justificar aquellas prohibiciones de conductas que producen un estado de cosas malo⁹⁴. Así, en su artículo “La ilicitud de la violación” (co-escrito con S. Shute) sostiene que lo malo de la violación es que es una acción moralmente incorrecta. El papel del principio del daño, radica en que permite minimizar la cantidad de acciones incorrectas: “*Muchas acciones, tal como la violación y el chantaje, son incorrectas independientemente de su dañosidad. El papel del principio de daño viene después, al regular si y el modo en que tales ilícitos son correctamente reconocidos por el derecho.*”⁹⁵ Así, el principio del daño debe ser utilizado, por ejemplo, si la no prohibición de ilícitos no dañinos fuese en sí misma dañina. Tal cosa ocurre cuando no censurar una determinada acción, empeoraría la expectativa de vida de la gente, incluso si el no produce un daño⁹⁶ Para Gardner, el Estado debe fomentar a través del derecho penal la realización de acciones correctas y des-incentivar la realización de las incorrectas. La realización de una acción incorrecta es susceptible de reproche penal porque

concurrencia causal de elementos causales. Gráficamente hablando, la finalidad es “vidente”, mientras que la causalidad es “ciega”. (Welzel, Hans (1956) *Derecho Penal, Parte General*, Bs. As. Depalma, [trad. C. Fontan Balestra], p. 39)

⁹² Ídem, p. 3

⁹³ Gardner, John y Shute Stephen (2012) “La ilicitud de la violación” en: Gardner, John, *Ofensas y Defensas*, Madrid, Marcial Pons, [trad. José M. Peralta], pp. 23-53], p 27.

⁹⁴ Ídem, p. 52

⁹⁵ Gardner, John (2012) *Ofensas y Defensas*, Madrid, Marcial Pons, [trad. José M. Peralta y L. Manrique] p. 262

⁹⁶ Ídem, p.264

representa una situación en la que el agente, siendo racional, no ha actuado como tal. Si la actuación irracional es lo que fundamenta el reproche penal, entonces, el derecho penal intenta –con sus regulaciones– fomentar un determinado ideal de virtud personal, esto es, inducir a las personas a actuar racionalmente.

De la tesis de Gardner se desprenden consecuencias importantes para la teoría de la responsabilidad penal. Una acción será susceptible de reproche penal cuando sea incorrecta de tal modo que pueda contribuir a generar un estado de cosas malo. Sin embargo, para que tal acción constituya un delito, no debe verse amparada por una justificación o una excusa. En el primer caso, el autor de la conducta censurada deberá ofrecer, lo que Gardner llama, una *explicación racional directa*: debe afirmar que teniendo en cuenta todas las razones a favor y en contra de realizar tal acción, era racional hacer lo que hizo.⁹⁷ En cambio, se estará en presencia de una excusa (o causa de exculpación en la terminología continental) cuando se ofrezca una *explicación racional indirecta*, esto es: cuando si bien se reconoce que no se realizó la acción correcta, había razones –tales como el miedo o la coacción– para no actuar como se actuó. En palabras del propio autor, se está en tal situación cuando “*mi acción fue injustificada, pero mi disposición a actuar como lo hice estuvo justificada.*”⁹⁸ Como se observa, la formulación que hace Gardner de la tesis moralista puede explicar plausiblemente no sólo cuándo una prohibición penal se encuentra moralmente justificada, sino además cómo es posible resolver situaciones concretas de responsabilidad penal.⁹⁹

iii. PATERNALISMO

A excepción del ámbito de la responsabilidad penal juvenil, es difícil encontrar una defensa de una teoría que pueda justificar todas las prohibiciones penales desde un punto de vista paternalista. Sin embargo, son muchas las ocasiones o las tipificaciones que buscan

⁹⁷ Gardner, John (2012) “Hart y Feinberg sobre Responsabilidad” en: Kramer, H; Grant, C; Colburn, B y Hatzistavrou, A; (Comps), *El legado de H.L.A. Hart*, Madrid, Marcial Pons, , pp.169-193, [trad. C Orunesu y J.L. Rodríguez] p 171

⁹⁸ Ídem, p. 172

⁹⁹ Otro teórico perfeccionista que merece atención es Michael Moore. La explicación y confrontación de su tesis excede los fines de este trabajo. Sin embargo es de utilidad dejar apuntada la pregunta con la que el autor pretende atacar al principio del daño. Afirma Moore: “¿qué podría justificar una decisión de no extender el alcance de la sanción penal a algunas instancias de infracción culpable sólo porque no causan daño?, ¿Por qué aquellas razones morales válidas en otros ámbitos deberían ser consideradas irrelevantes cuando no hay daño involucrado?”(Moore, Michael (1997) *Placing Blame*, Oxford, Clarendon Press). La tesis de Moore se caracteriza por ser esencialmente retributiva. De modo que cree que el deber de castigo penal deriva de la realización de conductas moralmente incorrectas. De ser así, el papel del principio del daño se diluye. Aún más, sostiene el autor que, el hecho de infligir penas merecidas es algo bueno, ya que a través de ellas se hace justicia.

fundamentarse con argumentos propios de tal doctrina. Basta ver, por ejemplo, las justificaciones que pretenden darse a los tipos que prohíben el suicidio, o las que se imponen al uso de medidas de seguridad tales como casco o cinturón en el tráfico motor, o algunas respuestas que se dan a la pregunta de por qué castigar la tenencia de estupefacientes para consumo personal.

El argumento que late detrás de la justificación de tales tipificaciones puede presentarse del siguiente modo. En primer lugar, “*los hombres pueden jurídicamente, según esta posición, adoptar cualquier plan de vida o profesar cualquier modelo de virtud personal, siempre y cuando ello no conduzca a auto-dañarse (y, por supuesto, a dañar a terceros)*”¹⁰⁰ Segundo, dado que los individuos pueden realizar acciones que vayan en contra del modo o plan de vida que eligieron profesar, se justifica la existencia de legislación penal paternalista para proteger a los individuos de sus propios actos.

Herbert Morris ha dado un paso más y ha intentado hacer del paternalismo una teoría que justifique a todo el derecho penal o, con mayor precisión, a todo castigo por la violación a una norma penal¹⁰¹. Él parte de la premisa de que la institución del castigo supone que se ha realizado cierta conducta que ha ocasionado (o se ha dirigido a ocasionar) un mal.¹⁰² Asimismo, define al castigo como un acto comunicativo, que se dirige a promocionar el futuro del infractor actual o potencial.¹⁰³ El *bien* que el castigo –y la tipificación penal– pretende promover tiene varios componentes, pero esencialmente implica la autonomía moral de los sujetos. Por tanto, el agente debe comprender tanto el mal subyacente a la acción incorrecta como el mal que provoca. Sentirse culpable del mal realizado es parte del bien que se quiere promover.¹⁰⁴ Esto, llevará a que en el futuro el sujeto viva y se conciba a sí mismo como una persona responsable y, por tanto, no realice acciones que vayan en contra de sus intereses. Para esta posición el *bien* que existe detrás de las tipificaciones penales no sólo permite justificarlas, sino que además es la principal justificación de la existencia de la práctica del castigo.¹⁰⁵

¹⁰⁰ Nino, Carlos S. (1979) “Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las acciones privadas de los hombres”, *LL*, 1979-D-743. p 9

¹⁰¹ Morris, Herbert (1981) “A Paternalistic Theory of Punishment” en *American Philosophical Quarterly*, vol. 18, N° 4, October-1981, pp. 263- 271, p. 263.

¹⁰² Ídem, p. 264

¹⁰³ Ídem, p.264

¹⁰⁴ Ídem, p.265

¹⁰⁵ Ídem, p. 265

Ahora bien, las tipificaciones con fundamento paternalista, –y el bien que pretende promover la teoría paternalista del castigo en general– pueden ser interpretadas en dos sentidos. El primero –y es al que apuntan la mayoría de las críticas liberales al paternalismo– es aquel que prescribe que las tipificaciones están dirigidas a proteger intereses propios del agente, incluso si él mismo no los reconoce. En realidad, esta forma de interpretar el objetivo de la legislación tiene muy poco de paternalismo. De hecho, desde el momento en que lo que se quiere proteger son intereses respecto de los cuales sus titulares no tienen conciencia ni percepción, el paternalismo se confunde con el perfeccionismo. Dado que, en este caso, se está promoviendo un ideal de vida humana diferente del que libre y efectivamente elige perseguir el sujeto que realiza la acción contraria a la tipificación. El segundo sentido en el que pueden ser interpretadas las tipificaciones paternalistas queda fuera del alcance de la crítica liberal. Ahora las prohibiciones penales se dirigen a proteger los intereses reales del sujeto ante situaciones de *debilidad de voluntad*.¹⁰⁶ En este caso no se da por supuesto ningún ideal de virtud humana, antes bien, se acepta que las personas puedan seguir cualquier ideal de vida que crean convenientes. Sin embargo, aun en este caso, las tipificaciones que pretenden proteger los intereses reales del agente enfrentan dos dificultades. La primera es la imposibilidad de justificar el reproche penal, dado que la incapacidad para actuar conforme a los propios intereses también menoscaba la capacidad de ser pasible de reproche penal. La segunda, es la imposibilidad epistémica de distinguir los casos de “debilidad de la voluntad” – en los que la legislación penal paternalista podría encontrarse justificada– de los casos en los que el sujeto tiene un interés real que es diferente del que la tipificación quiere promover.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Nino, Carlos S. (1979) “Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las acciones privadas de los hombres”, LL, 1979-D-743. p. 11

¹⁰⁷ Seher, Gerhard (2007) “La Legitimación de las Normas Penales basadas en Principios y el Concepto de Bien Jurídico” en Hefendehel, Roland (ed) (2007) *La Teoría del Bien Jurídico*, Madrid, Marcial Pons, pp. 69-92.

CAPÍTULO III

UNA TESIS REPUBLICANA SOBRE EL DERECHO PENAL

“If the liberty of a man consists in the empire of his reason, the absence whereof would betray him to the bondage of his passions, then the liberty of a commonwealth consists in the empire of her laws, the absence whereof would betray her to the lust of tyrants.

(...) For equality of estates causes equality of power, and equality of power is the liberty, not only of the commonwealth, but of every man.”

(Harrington, James (1771[1653]) *The Commonwealth of Oceana*, London, T.Becket, p.110)

CAPÍTULO III. UNA TESIS REPUBLICANA SOBRE EL DERECHO PENAL

INTRODUCCIÓN

Llegados a este punto, se debería dar un criterio propio que sea de utilidad para justificar prohibiciones penales. Por razones ya alegadas, no puede implicar posiciones propias de lo que se ha denominado *moralismo*. El criterio, por un lado, debe permitir que cada individuo gobierne su vida conforme a sus propias decisiones y, por otro lado, ha de poder desempeñar una función práctica satisfactoria, en el sentido de poder hacer frente a diferentes situaciones y las nuevas formas de criminalidad¹⁰⁸.

Se debe comenzar, por tanto, por consideraciones propias de una moral intersubjetiva. El criterio sólo debe poder justificar la censura de acciones que afecten a otros o a posibilidades de vida de otros. Con esta finalidad, en el capítulo anterior se ha visto que las pautas propuestas por los teóricos penales son: la asociada al principio del daño desde las posiciones anglosajonas, y la relacionada con el concepto de bien jurídico, desde las continentales. Sin embargo, sería de utilidad encontrar un criterio común que pueda amalgamar las consideraciones de ambas tradiciones. Esta tarea permitirá aprovechar toda la riqueza de los argumentos que esgrime cada una de las tradiciones. Algunos autores se han manifestado a favor de tal posibilidad¹⁰⁹, en tanto que otros decididamente en contra.¹¹⁰

En este capítulo, en primer lugar se afrontará el problema de encontrar un criterio que permita aglutinar las consideraciones esgrimidas al comentar el concepto de bien jurídico, como las proferidas cuando se analizó el principio del daño. En todo caso, semejante criterio debe enmarcarse dentro de aquellas concepciones que sólo justifican la cesura penal, cuando tiende a salvaguardar la autonomía de las personas. Para que esta propuesta resulte satisfactoria, debe salir airosa frente a una serie de objeciones, de las que nos ocuparemos en un segundo (sección 1.a.) y tercer (sección 1.b.) momento. Hecho esto, a continuación (sección 2.) se propondrá un criterio superador que podrá dar cuenta de las conclusiones obtenidas.

¹⁰⁸ En palabras de Cristina Méndez: “el derecho protege relaciones sociales dando respuestas a conflictos sociales”. (Méndez Rodríguez, Cristina (1993) *Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación*, Madrid, Servicio de publicaciones de la facultad de derecho de la UCM, p.25)

¹⁰⁹ von Hirsch, Andrew (2007) “El concepto de Bien Jurídico y el Principio del Daño” en Hefendehel, Roland (ed.) *La Teoría del Bien Jurídico*, Madrid, Marcial Pons, pp. 37-52.

¹¹⁰ Kahlo, Michael (2007) “Sobre la Relación entre el Concepto de Bien Jurídico y la Imputación Objetiva en el Derecho penal” en Hefendehel, Roland (ed) (2007) *La Teoría del Bien Jurídico*, Madrid, Marcial Pons, pp. 53-68

1. AUTONOMÍA, BIEN JURÍDICO Y PRINCIPIO DEL DAÑO

De acuerdo con el *principio del daño* existen razones para que el Estado intervenga de manera coactiva en la vida de las personas, cuando con ello se pretende impedir conductas que ocasionen un daño a terceros. Con arreglo al concepto de bien jurídico, el Estado no debe intervenir de manera coactiva en la vida de las personas cuando las acciones no afectan o ponen en peligro bienes que el derecho considera dignos de protección. De ambos, por tanto, es posible extraer la misma consecuencia. Los órdenes institucionales sólo pueden interferir de manera coactiva en la vida de las personas –es decir, existen razones para ello– cuando las acciones censuradas afecten o pongan en peligro intereses de terceros, o afecten o pongan en peligro un bien jurídico. Si el concepto de bien jurídico es construido con fundamento en la autonomía personal, el principio que da razones para castigar conductas que puedan afectarla, puede ser idéntico al principio del daño cuando también es construido con referencia a la autonomía personal. Así, si se admite –como se ha argumentado en el capítulo precedente– que el único fundamento plausible para la intervención coactiva estatal es la salvaguarda de la autonomía personal, no existen reparos en sostener que ambos criterios (*principio del daño-concepto de bien jurídico*) pueden ser equiparables.

No obstante, los conceptos y los principios no operan de igual modo, por lo que aún puede considerarse que existe cierta distancia entre ambas construcciones. Michael Kahlo objeta que “*mientras los bienes jurídicos, (...), deben ser entendidos como elementos básicos de la libertad personal, el harm principle [principio del daño] se ocupa de estados lesivos.*”¹¹¹ Esta objeción puede ser contestada. Cuando en el capítulo anterior se ha conceptualizado al principio del daño, se ha dicho que una conducta produce un daño cuando menoscaba un determinado *interés* de un tercero. En ese momento se añadió que no sólo tenía que producirse una disminución en tal *interés*, sino que además debía ser injusta. Pero todavía no se ha precisado más en el concepto de *interés*. La propuesta de Andrew von Hirsch de entender por *interés* “*un recurso sobre cuya integridad tiene una pretensión una persona involucrada*”¹¹², resulta prometedora. En este caso, el principio del daño sería un buen candidato para ser utilizado como criterio de justificación de prohibiciones penales cuando éstas tengan el propósito de censurar conductas que produzcan menoscabos a *recursos* necesarios para que otras personas puedan gobernar sus vidas conforme a sus propias

¹¹¹ Ídem, p. 61

¹¹² von Hirsch, Andrew (2007) “El concepto de Bien Jurídico y el Principio del Daño” en Hefendehel, Roland (ed.) (2007) *La Teoría del Bien Jurídico*, Madrid, Marcial Pons, pp. 37-52, p. 42

decisiones. Si se acepta este punto, estarían justificados no sólo los tipos penales que proscriben atentados contra la vida, la integridad física, la propiedad o la libertad individual, sino también aquellos que tienden a proteger determinadas instituciones –v.gr.: el fisco– o el ambiente, en la medida en que tales recursos sean necesarios para que las personas sean autoras de sus propias vidas.

La noción de *recurso*, propuesta por von Hirsch en el marco de una interpretación del principio del daño, puede ser utilizada también para explicar el concepto de bien jurídico. De hecho, el concepto de bien jurídico –como se ha visto– no es sinónimo de la noción derecho subjetivo¹¹³. Sino que es algo independiente que debe ser protegido con el fin de que los derechos de las personas no sean menoscabados. Las tres interpretaciones del concepto de “bien jurídico” reseñadas en el capítulo anterior comparten, al menos, que los bienes jurídicos son intereses o circunstancias necesarias para que los individuos puedan gobernar sus vidas de acuerdo a sus propias decisiones¹¹⁴. En la terminología de Kahlo, podría decirse que son condiciones básicas de la libertad personal, condiciones sin las cuales las personas se verían incapacitadas de ser autoras de sus propias vidas. De ser así, la noción de *recurso*, también puede utilizarse dentro de una interpretación de la expresión “bien jurídico”. No sólo es lo que debe protegerse para que cada quien pueda desarrollarse libremente, sino que es el límite hasta donde puede llegar el derecho penal. Así, tanto si se utiliza el principio del daño o el concepto de bien jurídico como fundamento de la justificación moral de prohibiciones penales, toda intervención penal que no tienda a proteger un *recurso* necesario para que las personas puedan gobernar sus vidas conforme a sus propias decisiones estará moralmente injustificada.

Sin embargo, por más que la noción de *recurso* permita tratar a ambas construcciones como si fueran análogas, no se resuelven todos los problemas. Contra el concepto de bien jurídico y contra el principio del daño, cuando se los interpreta con fundamento en la autonomía personal, se han esgrimido dos objeciones. En primer lugar, al poner el acento en la autonomía personal, no permitirían justificar satisfactoriamente la censura penal de conductas que afecten a intereses colectivos. En segundo lugar, la noción de autonomía

¹¹³ Ya en la obra de Birnbaum pueden encontrarse referencias al respecto: “*si se quiere considerar al delito como lesión, este concepto tiene que referirse naturalmente a la lesión de un bien, no a la de un derecho.*” (Birnbaum, Johann M.F. (2010[1834]) *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, Bs. As., BdeF, [Trad. J. L. Guzmán Dálbora], p. 57)

¹¹⁴ Este consenso (mínimo, si se quiere) respecto a aquello que debe ser llamado bien jurídico concuerda con las áreas en las que, según nuestro propio punto de vista, el derecho penal puede intervenir de manera legítima.

depende de qué es aquello que se entienda por libertad personal, concepto que posee un significado que es vago y ambiguo. Por consiguiente, aunque la conceptualización propuesta permite reconciliar las dos tradiciones –anglosajona y continental– aún debiera hacer frente a tales objeciones.

a. AUTONOMÍA Y RECURSOS COLECTIVOS: SOBRE BIENES Y DERECHOS COLECTIVOS

De acuerdo a la primera objeción, si se interpreta el concepto de bien jurídico y el principio del daño en torno a la idea de autonomía personal, no es posible explicar ni justificar la existencia de prohibiciones penales en salvaguarda de bienes colectivos y de derechos colectivos. Por las razones que se acaban de explicar, en adelante, para referirse al objeto de tipificaciones penales en lugar de hablar de bien o interés (colectivo), se utilizará la expresión *recurso* (colectivo), que en cierto sentido permite aglutinar a ambos.

Ahora bien, el concepto de *recurso* (colectivo) requiere algunas aclaraciones. En primer lugar, dentro de la clase general de los *recursos* colectivos, se deben distinguir aquellos que son la mera suma de los *recursos* individuales de los ciudadanos, de aquellos que son expresión de derechos colectivos. Los primeros, tales como la salud pública –que puede ser entendida como la suma de la salud de cada uno de los individuos–, pueden ser llamados *recursos colectivos* aparentes.¹¹⁵ La salvaguarda de esta clase de *recursos* está estipulada para proteger de manera anticipada otros recursos individuales. Se podría decir que, dado que las acciones que afectan a los *recursos* colectivos no necesariamente atentan contra el *recurso* individual que es condición para la autonomía de los sujetos, la protección de los primeros mediante disposiciones jurídico-penales carece de legitimidad. Sin embargo, que sea así no implica que las personas se vean desprotegidas, porque si las acciones tienen la potencialidad de afectar a opciones disponibles de los sujetos, la coacción estatal se encontrará justificada. Si tal no fuera el caso, no habría razones para preocuparse. Aún más, respecto de esta clase de *recursos* “aparentes”, no es descabellado sostener que, desde el entendimiento aquí propuesto, las acciones auto-lesivas –v.gr.: consumo de estupefacientes– debieran encontrarse descriminalizadas. Si el *recurso* colectivo es la mera suma de bienes individuales y un sujeto decide auto-menoscabar su propio bien, o consentir en que otro lo

¹¹⁵ Bienes jurídicos colectivos aparentes, en la terminología continental tradicional. Véase: Schünemann, Bernd (2012) “Protección de Bienes Jurídicos, ultima ratio y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado liberal” en Robles Planas, Ricardo (ed) *Límites al Derecho Penal*, Barcelona, Atelier p. 72

haga, no puede sostenerse con fundamento en la protección del *recurso* colectivo “aparente”, que la autonomía del sujeto concreto ha sido menoscabada. Tales acciones no pueden justificar la coacción penal.

La segunda clase de *recursos* colectivos se refiere a aquellos cuya preservación es necesaria para que las personas puedan ser autoras de sus propias vidas, es decir que puedan gozar de autonomía. Aquí no se está en presencia, como en el caso anterior, de *recursos* que son la suma de *recursos* individuales. Son *recursos* que son necesarios para que las personas puedan gozar de sus derechos individuales. Un claro ejemplo de esta clase de *recursos* es el ambiente: es obvio que sin una adecuada protección del ambiente, las personas pueden ver menoscabadas su capacidad para diseñar su propia vida conforme a sus propias razones. Pero para evitar malentendidos, es necesaria una puntualización: el ambiente, es un *recurso* colectivo desde que su titularidad no se reconduce a una única persona sino a un colectivo. Sin embargo, ello no quiere decir que lo que se tutela, al proteger el ambiente, no sean intereses individuales, esto es: beneficios o daños que afecten a personas distintas y separadas.¹¹⁶

Ahora bien, tal afirmación, ¿implica que los derechos colectivos, es decir, aquellos que son conferidos a una clase, son –en realidad– derechos individuales? No. Desde la posición aquí adoptada, donde lo único que legitima la coacción estatal es la afectación a *recursos* necesarios para que las personas sean autoras de su propia vida por parte de otros, puede admitirse la existencia de un derecho individual a ser miembro de una clase que es titular de derechos colectivos. Esto explica que muchas veces –sobre todo cuando se está en presencia de grupos minoritarios– esté justificada la existencia de *protecciones externas*¹¹⁷, es decir, de protecciones inter-grupales dirigidas a salvaguardar la existencia e identidad de un determinado grupo. Se trata de protecciones que se las consideran necesarias, para que las decisiones de la sociedad en la que ese grupo está inmerso no puedan reducir la autonomía de los miembros de este último. Muchas veces las personas desean gobernar sus vidas conforme a las pautas morales de determinados grupos minoritarios, las que pueden ser contrarias a las globales. Cuando estas pautas no afectan *recursos* de terceros, las protecciones externas

¹¹⁶ Nino, Carlos S. (1992) *Fundamentos del Derecho Constitucional*, Bs. As. Astrea p. 351

¹¹⁷ Kymlicka, Will (2009) “Derechos Individuales y derechos colectivos” en Ávila Ordoñez M. y Corredores Ledesma M. (ed) *Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, Quito, V&M Gráficas pp. 3-25 p. 9

pueden ser una buena herramienta para que la autonomía de los integrantes de tales grupos no se vea menoscabada.

Pero junto a estas protecciones externas, existen otras que han sido denominadas *restricciones internas*. Estas son intra-grupales: el grupo las utiliza para limitar la libertad de sus propios miembros en nombre de la solidaridad del grupo.¹¹⁸ Un modelo institucional fundado en la autonomía personal sólo puede legitimar la existencia de protecciones externas, incluso si se confieren en función de la pertenencia de tal o cual grupo. Esto, porque de ese modo se protegerá la posibilidad de que cada uno de los miembros del grupo pueda ser autor de su propia vida. Las restricciones internas, en cambio, no pueden legitimarse porque implican restringir la autonomía de las personas en relación con acciones que no afectan la de un tercero.

Lo expuesto puede sintetizarse del siguiente modo. Dado que las personas poseen el interés de gobernar sus vidas conforme a sus propias decisiones, toda restricción que realice un régimen institucional en sus vidas debe encontrarse justificada. Ello ocurrirá cuando un sujeto, con su accionar, menoscabe la autonomía de otro. Sin embargo, la protección de la autonomía de los sujetos requiere, muchas veces, protecciones conferidas en función de su pertenencia a determinado grupo, cuando sin ellas sería muy difícil que los miembros de tales colectivos pudieran gobernar sus vidas de acuerdo con sus propias decisiones. Asimismo, se encuentra justificada la protección de determinados *recursos* colectivos cuando ellos sean condición necesaria para la realización del mismo fin. La primera objeción, por tanto, puede ser contestada. Una vez que se asocia a la exigencia de protección de la autonomía, el uso del criterio del *recurso* puede emplearse sin dificultad para justificar la protección de bienes y derechos colectivos con los instrumentos del derecho penal¹¹⁹.

¹¹⁸Ídem, p. 5

¹¹⁹ El entendimiento aquí propuesto de los *recursos* colectivos es consecuente con aquel que debe imperar en el Estado social democrático. En este sentido, afirma Mir Puig: “*Hay dos enfoques posibles en la valoración de los intereses colectivos. Uno, es contemplarlos desde el punto de vista de su importancia para el sistema social. Otro, valorarlos en función de su repercusión en los individuos. El primero es el adoptado por el Estado social autoritario, caracterizado por subordinar el individuo al todo social. El estado social democrático ha de preferir el segundo enfoque: le importan los intereses colectivos en la medida en que condicionen la vida de los individuos. La razón es obvia: se trata de que el sistema social se ponga al servicio del individuo, no de que el individuo esté al servicio del sistema.*” (Mir Puig, Santiago (2006) *Estado, Pena y Delito*, Bs. As. BdeF, p. 91)

b. AUTONOMÍA Y LIBERTAD: VAGUEDAD Y AMBIGÜEDAD

Pasemos a la segunda objeción. Hemos dicho que la autonomía se refiere al interés y capacidad de cada persona de gobernar su vida conforme a sus propias consideraciones. Asimismo, que la autonomía va indisolublemente unida al concepto de libertad, dado que sólo si se goza de ella uno puede ser autor de su propia vida. Ahora bien, tan pronto como se asocia la idea de autonomía a la de libertad surge un problema de vaguedad, porque el concepto de libertad no es inequívoco.

Es bien sabido que Isaiah Berlin, en su conferencia inaugural en la Universidad de Oxford de 1958, distinguió dos conceptos de libertad: la *libertad negativa*, entendida como ausencia de interferencias externas; y la *libertad positiva*, referida a la posibilidad de auto-realización personal.¹²⁰ ¿Cuál de esos dos conceptos resulta más satisfactorio en nuestro contexto? Parece que la autonomía personal, entendida como posibilidad de gobernar la propia vida conforme a las propias decisiones, no encaja bien en ninguno de los dos. La libertad negativa, como mera ausencia de interferencias, no es suficiente, pues si un sujeto, aún si no es interferido, se encuentra sometido a la voluntad de otro, no se puede afirmar que sea libre o que goce de autonomía: es absurdo decir que es autónomo un esclavo sometido a la voluntad de un amo, aún si este último es benevolente y decide no interferir en la vida del primero. No por no sufrir interferencia se puede argüir que el esclavo sea libre.

El concepto positivo de libertad también tropieza con problemas, en la medida en que la auto-realización supone cierta idea de auto-perfección. “*La libertad positiva tiene base en la idea de que la naturaleza humana tiene una esencia, y que sólo somos libres si conseguimos realizar la esencia de nuestras vidas*”¹²¹. Un concepto positivo de libertad podría justificar leyes paternalistas e incluso perfeccionistas, dirigidas a promover cierta *virtud* considerada condición necesaria para la auto-realización. En este caso se dejaría poco lugar para la autonomía.

No obstante la existencia de estos inconvenientes, aún es posible rescatar al concepto de *libertad* como fundamento de la noción de *autonomía*. Junto al concepto negativo de libertad, entendido como ausencia de interferencias y al positivo referido a la auto-realización, la libertad también puede ser entendida como ausencia de dominación. Esta es la

¹²⁰ Berlin, Isaiah (1958) “Dos conceptos de libertad” en: él mismo (1988[1969]) *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Universidad, [Trad. J. Bayón], pp.187-243

¹²¹ Skinner, Quentin (2005) “La libertad de las Repúblicas, ¿un tercer concepto de libertad? En *Isegoría* pp. 19-49, p. 24

interpretación propia de la filosofía política republicana.¹²² El concepto de libertad como no dominación, al igual que el de libertad como no-interferencia, es un concepto negativo. Sin embargo, parece defender mejor al concepto de autonomía porque arguye que habrá dominación, y por tanto restricción de libertad, no sólo cuando un sujeto interfiera con otro, sino también cuando se encuentre con capacidad de hacerlo de modo arbitrario en determinadas elecciones que otro pueda realizar¹²³. Esta idea de libertad resulta más satisfactoria ya que permite dar cuenta de los casos en que existe dominación en ausencia de interferencia, uno de los problemas que el ideal negativo de libertad como no interferencia no era capaz de resolver. La exigencia de no dominación permite justificar la censura de ciertas acciones no sólo cuando interfieren en la vida de otro, sino también cuando la posibilidad misma de que tales acciones tengan lugar, sin costos para quien las realice, impide que exista un estado de cosas que haga posible que las personas gobiernen sus vidas de acuerdo a sus propias decisiones. Además, puesto que la libertad como no dominación es un ideal negativo, tampoco tropieza con los inconvenientes a los que se ve sometido el concepto positivo de libertad como autodominio. En otros términos, si la autonomía es entendida como posibilidad de ser autor de la propia vida, el concepto de libertad como no dominación constituye una base sólida que permite sortear las insuficiencias del concepto negativo de libertad como no interferencia (el cual es insuficiente), y el riesgo de incurrir en el perfeccionismo que acecha al concepto positivo de libertad como autorrealización.

2. DERECHO PENAL REPUBLICANO

Parece, al menos en principio, que el republicanismo puede erigirse como una teoría política sólida para garantizar que cada individuo gobierne su vida conforme a sus propias decisiones. Sin embargo, para realizar una defensa consistente de tal posición, que pueda ser esgrimida para justificar prohibiciones penales, debieran darse una serie de consideraciones adicionales. Ante todo, habría que comprobar que las justificaciones republicanas de las prohibiciones penales no implican ninguna forma de *moralismo*¹²⁴. Además, la concepción

¹²² Pettit, Philip, (1997) *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Bs. As. Paidós [Trad. Toni Domenech]; Skinner, Quentin (2005) “La libertad de las Repúblicas, ¿un tercer concepto de libertad? En *Isegoría* [Trad. A. Rivero], pp. 19-49; Bellamy, Richard (2010[2007]) *Constitucionalismo Político: una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, [Trad. J. Urdániz Ganuza y S. Gallego Aldaz]

¹²³ Este punto de vista es sostenido por Pettit, Philip, (1997) *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Bs. As. Paidós. [Trad. Toni Domenech];

¹²⁴ Existen aproximaciones republicanas que podrían enmarcarse en lo que se ha llamado *perfeccionismo*. La propuesta de R.A. Duff, puede ser un ejemplo de este tipo de republicanismo. Así, en la controversia entre

debiera conducir a soluciones diferentes de las que es posible defender desde otras posiciones que se preocupan sólo por situaciones de moral intersubjetiva, tales como el liberalismo. El republicanismo tendría que mostrar alguna ventaja frente a las posiciones liberales.

Hemos dicho que la censura penal sólo está justificada cuando la tipificación tiende a proteger un *recurso* necesario para que cada individuo gobierne su vida conforme a sus propias decisiones. Hemos visto, asimismo, que las construcciones liberales, –tanto las que utilizan al principio del daño, como las que se edifican sobre el concepto de bien jurídico– encuentran en la protección de tales *recursos* el límite de aquello que el Estado puede legítimamente reprochar. Sin embargo, a la hora de precisar aún más sobre la manera de hacerlo, la posición liberal tropieza con el escollo de la equivocidad del concepto de libertad al cual va asociado el de autonomía. Hemos visto que la interpretación de la libertad como ausencia de interferencia –que es la que ordinariamente se vincula al liberalismo– se manifiesta decididamente insuficiente. Y la interpretación de la libertad como autodominio se aproxima demasiado a posiciones perfeccionistas. Frente a estas dos versiones se ha argumentado que el mejor concepto de libertad para garantizar que cada uno pueda gobernar su vida conforme a sus propias decisiones, es el de libertad como no dominación, defendido por la tradición republicana.

Este concepto de libertad se satisface cuando los sujetos se encuentran en un estado que puede denominarse como *status no-dominado*. Los esquemas institucionales deben promover la existencia de tal estado de cosas con el fin de que los individuos puedan gobernar sus vidas conforme a sus propias decisiones. Tal objetivo se habrá cumplido cuando nadie se encuentre sometido a la posibilidad de una interferencia ejercida en virtud del poder arbitrario de alguien, ya sea un particular, ya algún órgano del Estado. Para el republicanismo, lo importante es poder elegir libremente entre las diferentes opciones que deberían encontrarse disponibles para manejar la propia vida. Afirma Pettit:

teóricos de los actos y teóricos de las razones se inclina por apoyar las consideraciones de estos últimos (véase, Duff, R.A. (2012) “Responsabilidad y Punibilidad en el Derecho Penal” en Kramer, H; Grant, C; Colburn, B y Hatzistavrou, A; (Coops), *El legado de H.L.A. Hart*, Madrid, Marcial Pons, [trad. C Orunesu y J.L. Rodríguez,] pp.145-167 p.164) Asimismo, en referencia a determinada clase de delitos, los que él denomina híbridos (por no ser ni puramente *mala in se*, ni puramente *mala prohibita*), fundamenta la punibilidad de cierta clase de acciones en la *arrogancia cívica* de los autores, arrogancia que, la legislación penal está destinada a evitar (véase Duff, R.A. (2002) “Crime, Prohibition and Punishment”, en *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 19, N° 2, 2002, Oxford, Blackwell, pp. 97-102, p.104; respecto de la posibilidad de sancionar acciones que produzcan males, independientemente de la existencia de daño a terceros, véase: Duff, R.A. (2007) *Answering for the Crime: responsibility and liability in the criminal law*, Portland, Hart Publishing, especialmente el Cap. 6, pp. 123-146)

La idea republicana clave es que una persona o ciudadano será libre en la medida en que las elecciones adecuadas sean adecuadamente protegidas. La cláusula de las elecciones adecuadas significa que no será suficiente que se proteja cualquier vieja elección de las personas –digamos aquellas que no tienen ninguna importancia para nadie o aquellas que dañen a otros. La cláusula protección adecuada implica que no será suficiente que se protejan las elecciones de la persona permitiéndosele apaciguar o comprar a los potenciales ofensores –digamos, maniobras evasivas—¹²⁵

La cita muestra dos aspectos de la concepción republicana que merecen ser destacados. El primero se refiere a que la libertad como no dominación requiere distinguir dos formas diferentes de menoscabo de la libertad de un sujeto: porque alguien interfiere arbitrariamente en sus opciones o porque alguien tiene capacidad arbitraria para interferir en ellas. Esta conclusión puede ser inquietante, ya que parece sugerir que el ámbito de legitimidad de coacción estatal es más amplio. Esta afirmación puede ser aceptada si se tiene en cuenta solamente que el republicanismo intenta proteger a las personas ante conductas de los particulares. Desde que esta teoría protege no sólo ante la interferencia arbitraria sino también ante la dominación, parece que el ámbito de censura penal justificada se amplía. Sin embargo, al querer proteger a la autonomía de los sujetos, la tesis republicana también se erige como barrera ante las censuras penales estatales. Las tipificaciones penales, ahora, para estar moralmente justificadas no sólo tendrán que tener en cuenta la interferencia que representan a la vida de los particulares, sino también la dominación a la que los someten. El republicanismo también (y sobre todo) pretende evitar la dominación estatal. Por lo tanto no puede decirse que amplíe cuantitativamente el espacio de “lo prohibido”. Sólo presenta una manera diferente de hacerlo. Asimismo, que el republicanismo pretenda fomentar el *status no-dominado* de los sujetos a través de las tipificaciones penales no quiere decir que el ámbito de lo prohibido sea mayor que en otras concepciones. Si bien la existencia de prohibiciones penales se justifica en la necesidad de fomentar la existencia del tal *status no-dominado* de los agentes. El delito¹²⁶, en cambio, se produce cuando un sujeto, desafiando una prohibición penal, interfiere arbitrariamente en la vida de otro, de tal manera que afecte o ponga en peligro un *recurso* necesario para que el sujeto pueda gobernar su vida conforme a

¹²⁵ Pettit, Philip (2012) “Las libertades Básicas” en Kramer, H; Grant, C; Colburn, B y Hatzistavrou, A; (Coomps), *El legado de H.L.A. Hart*, Madrid, Marcial Pons, [trad. C Orunesu y J.L. Rodríguez,] pp. 271-295, pp. 272-273

¹²⁶ En este punto, la construcción aquí realizada se separa de otras republicanas, que también ponen foco en la noción de *no-dominación*. Para nosotros, habrá delito cuando una acción interfiera en un recurso necesario para que alguien (sea quien sea este) sea autor de su propia vida. En cambio para otras posiciones, como por ejemplo la de Fletcher, no es necesario el menoscabo (o puesta en peligro) a ningún recurso, dado que, para él: “*el resultado dañino es conceptualmente independiente al acto delictivo*” (Fletcher, George P. (2000[1978]) *Rethinking Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, p.473)

sus propias decisiones. En tal supuesto, la pena—desde esta posición— tiene la finalidad de contra-atacar la desigualdad producida por el delito¹²⁷, dado que tal conducta criminal establece la supremacía del infractor sobre la víctima.¹²⁸

El segundo aspecto se refiere a que esta concepción requiere que la protección de las opciones disponibles de los agentes, sea de cierta entidad. El derecho penal puede jugar aquí un papel importante, dado que no se debería permitir que nadie tenga la posibilidad de interferir en la elección de otro sin exponerse a un inhibitorio riesgo de castigo.¹²⁹ Es decir, que las personas no deberían poder bloquear, cargar o re-dirigir engañosamente la elección de un tercero de manera impune.¹³⁰ Para comprender el funcionamiento del derecho penal desde la teoría republicana, Philip Pettit y John Braithwaite proponen el siguiente ejemplo:

Imagine dos pelotas que ruedan en línea recta por un sendero. Suponga que mientras ruedan en línea recta en las mismas condiciones —por ejemplo, de acuerdo a las nociones de mecánica newtoniana— hay, sin embargo, una diferencia entre ellas. A lo largo del sendero de una de las pelotas hay postes, como los de un *pin-ball*, que tienen dos propósitos: tienden a reducir el efecto de cualquier fuerza que pueda desviar la pelota de su curso y, si fallan en esto, tienden, en breves instantes, a devolver la pelota a su curso original. La diferencia entre estas pelotas es que, mientras la pelota no protegida rueda en línea recta por causalidad, la otra pelota rueda en línea recta de manera resistente a las interferencias. No sólo mantiene su curso en línea recta en el mundo real, donde no se le imprime fuerza alguna. También mantiene ese curso, o tiende a retomar a él, cuando se dan eventualidades —en mundos posibles—, cuando aparezcan fuerzas perturbadoras.¹³¹

Este caso no sólo muestra el funcionamiento del derecho penal, sino que permite ver de qué manera el ideal republicano defiende de mejor manera la autonomía de las personas. Al decir de los mismos autores, realizando una analogía entre el caso y las situaciones reales, una persona que goza de no interferencia, pero no posee un *status* que la garantice, vive a merced de aquellos que puedan querer interferir. Si en cambio, posee ese *status no-dominado*, está más protegida ante los ataques de los potenciales interferentes¹³². De modo que si alguien intentara interferir, la ley —por ejemplo la penal— actuaría de manera ideal para bloquear tal interferencia, y de ese modo fomentar la existencia de tal *estatus*. Y si no

¹²⁷ Fletcher, George P. (1997) *Conceptos Básicos de Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch [trad. F. Muñoz Conde], p. 73

¹²⁸ Ídem, p. 72

¹²⁹ Pettit, Philip (2012) “Las libertades Básicas” en Kramer, H; Grant, C; Colburn, B y Hatzistavrou, A; (Coomps), *El legado de H.L.A. Hart*, Madrid, Marcial Pons, [trad. C Orunesu y J.L. Rodríguez,] pp. 271-295p. 273

¹³⁰ Ídem, p. 273

¹³¹ Braithwaite, John & Pettit, Philip (2006) “No solo merecimiento: aún al sentenciar”, en *RATJ*, n°4- 03/2006 [trad. Yamilé Nadra], p4 (del original: Braithwaite, John & Pettit, Philip (2002) “Not just deserts, even in sentencing” en *Current Issue in Criminal Justice* N° 4, 3, pp. 225-239)

¹³² Ídem, p. 4,

consigue bloquear la interferencia, de modo que se produce el delito, el ideal republicano permite imponer una pena de manera justificada ante tal infracción. El ideal republicano de libertad entendida como no dominación, puede garantizar de mejor manera la autonomía de las personas. No sólo porque permite actuar en situaciones donde la interferencia ha tenido lugar, sino dado que también puede legitimar tipificaciones penales que promuevan la existencia del *status-no dominado* de los sujetos. Status sin el cual las personas no podrían gobernar sus vidas de acuerdo a sus propias decisiones.

Ahora bien, no escapa al republicanismo la consideración referida al costo que posee para la libertad, cualquier intervención penal. “*Cualquier acto de criminalización, la vigilancia, investigación o arresto, cualquier procesamiento o el castigo, hace un daño inmediato e incuestionable al dominio de alguien.*”¹³³ Siendo esto así, no toda clase de actos que disminuyan o invadan el dominio de alguien deben ser criminalizados, pues es posible que la criminalización de tales tipos de actos ocasione más daño al dominio (globalmente considerado) que la ausencia de criminalización.¹³⁴ Por lo tanto, el republicanismo sólo puede justificar la censura penal allí donde la tipificación promueva mayor no-dominación que la que restringe.¹³⁵

En síntesis, las tipificaciones penales encuentran justificación en la necesidad de fomentar la existencia, intensidad y alcance de tal *status no-dominado* de los sujetos. En tanto que por delito debe entenderse una acción –contraria a tal prohibición– que afecte o ponga en peligro un recurso necesario para que cada uno sea autor de su propia vida. En concreto, los republicanos conciben a los delitos como acciones o situaciones que pueden ser reprobables por tres motivos:¹³⁶

¹³³ Braithwaite, John & Pettit, Philip (1992) *Not Just Deserts: a republican theory of criminal Justice*, Canada, Oxford University Press, p. 87

¹³⁴ Ídem, p. 71

¹³⁵ Algunas teorías liberales realizan una precisión similar. Carlos Nino propone el principio de *protección prudencial de la sociedad*, el que “*establece que una condición necesaria para la legitimidad del castigo penal es que éste represente una manera eficaz y económica de prevenir males mayores a la sociedad que aquellos implicados en dicho castigo*” (Nino, Carlos S. (1999) “Subjetivismo y Objetivismo en el Derecho Penal” en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1 [trad. de conferencia inédita en inglés (1992) a cargo de S. Sánchez Ferro], p. 76)

¹³⁶ Para un desarrollo completo referido a la construcción de una teoría republicana del derecho penal en términos consecuencialistas, véase Braithwaite, John & Pettit, Philip (1992) *Not Just, Deserts: a republican theory of criminal Justice*, Canada, Oxford University Press; para una crítica a tal posición, véase: von Hirsch, A. (1998[1993]), *Censurar y Castigar*; Madrid, Trotta Trad. Elena Larrauri], especialmente Caps. 3 y 8 pp. 49-59 y 117-127; para una respuesta a la crítica, véase: Braithwaite, John & Pettit, Philip (2006) “No solo merecimiento: aún al sentenciar”, en *RATJ*, n°4- 03/2006 [trad. Yamilé Nadra], (del original: Braithwaite, John

- (a)_porque [son] una negación del status de la víctima como persona no dominada o libre no susceptible de interferencia arbitraria ajena.
- (b)_porque reduce[n] el alcance de las opciones no dominadas de la víctima, eliminando ciertas opciones, o elevando el coste, o eliminando la posibilidad de opciones.
- (c)_porque [producen una] distribución de la no dominación en la sociedad globalmente considerada, [tal que] mantiene como posibilidad permanente para la víctima, y para cualquiera que se halle en la clase de vulnerabilidad de la víctima, el padecimiento de interferencias [arbitrarias].¹³⁷

El primer caso (a) se refiere a situaciones donde un sujeto se encuentra con la posibilidad de menoscabar un *recurso* personal de un tercero. En este supuesto, las víctimas ven disminuido su *status no-dominado*. Las tipificaciones penales tienen que dirigirse a impedir que situaciones como esa estén disponibles sin costo para los infractores. Este motivo es importante, sobre todo para justificar la existencia misma de prohibiciones penales, y del sistema penal en su conjunto. Debido a que para el republicanismo la libertad se ve menoscabada no sólo cuándo se sufre una interferencia arbitraria, sino también cuando existe alguna posibilidad de que ella tenga lugar, la existencia de leyes penales constituye una barrera que fomenta la existencia del *status no-dominado* de los sujetos. Asimismo, este motivo provee una razón para justificar la pena. Ésta, debe estar dirigida a devolver tanto al autor como a la víctima –o posibles víctimas– al goce del *status no-dominado*. Colocando a ambos en la situación anterior al asalto realizado.

El segundo motivo (b), comprende el primero y se extiende a situaciones donde la acción censurada condiciona la posibilidad de que las personas sean autoras de sus propias vidas, en la medida en que tal actividad destruye o hace más costoso el uso del *recurso* necesario para ello. Este motivo es el que está implicado en la mayoría de las tipificaciones penales y contempla al efecto de conductas que afectan la libertad de terceros. Los delitos contra la vida, la integridad, o la propiedad son justificadamente reprensibles por esta clase de motivos. El hecho de que un sujeto mate a otro, reduce la intensidad de la no dominación de la víctima a cero. Una acción que afecte la propiedad de un tercero limita el uso que éste podría hacer de ese bien en contra de su voluntad. La contaminación de un recurso natural, tal como un río o un campo aledaño a una zona urbanizada, puede hacer que ciertas personas se vean forzadas a adoptar decisiones que, de otro modo, no habrían adoptado. Así, decisiones tales como las de mudarse de la zona afectada no podrán reputarse libres, ya que la

& Pettit, Philip (2002) “Not just deserts, even in sentencing” en *Current Issue in Criminal Justice* N° 4, 3, pp. 225-239))

¹³⁷ Pettit, Philip, (1997) *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Bs. As. Paidós, [Trad. Toni Domenech], p. 206

contaminación los ha condicionado. Con todo, si deciden quedarse, la utilización de tal *recurso* será más costosa ya que, desde que la contaminación existe, no podrán usarlo del mismo modo que antes. La pena en estos casos, debe dirigirse a compensar las pérdidas sufridas por las víctimas de modo que las ayuden a recuperar el *status no-dominado* que poseían antes de que la acción censurada haya tenido lugar, y por tanto, puedan volver a gobernar sus vidas de acuerdo a sus propias consideraciones.

El tercer motivo (c), implica prohibir conductas que puedan afectar o comprometer el *status no-dominado* de la comunidad en cuanto a tal. Desde tal motivo es posible justificar tipificaciones que intenten proteger determinadas realidades institucionales tales como la administración pública, la administración de justicia o el fisco. Si las conductas que tienden a afectarlas no estuvieran tipificadas, los esquemas tributarios por ejemplo, u otros sistemas diseñados para que las personas puedan gobernar sus vidas conforme a sus propias decisiones, se verían comprometidos. Asimismo, este motivo provee razones para impedir la existencia de tipificaciones penales con alto grado de vaguedad¹³⁸. Esta clase de leyes penales permite que quienes tienen la capacidad de seleccionar a quienes cometen delitos tengan un alto grado de discrecionalidad, lo que en sí mismo limitaría la libertad de los ciudadanos, aun cuando no hayan cometido ninguna infracción¹³⁹. El ideal republicano veta la posibilidad de sancionar leyes como las descritas. La pena, en tales supuestos, debe restaurar la confianza (reconocimiento) en las instituciones pensadas para garantizar el *status no-dominado* global de la comunidad.

En suma el republicanismo, entendido en los términos aquí propuestos, escapa a las consideraciones propias de cualquier tipo de moralismo y, además, permite superar las deficiencias que presentan las posiciones liberales a los fines de proteger ese *status* necesario para que los individuos puedan gobernar sus vidas conforme a sus propias decisiones. En el marco de una teoría republicana, una tipificación penal estaría justificada cuando tienda a promover el *status no-dominado* de los sujetos. Tarea que puede lograrse protegiendo aquellos recursos que son necesarios para que cada individuo pueda gobernar sus vidas conforme a sus propias decisiones. Sea porque tales *recursos* se ven amenazados por

¹³⁸ Este argumento es de Romina Frontalini Rekers.

¹³⁹ Para una análisis de los efectos en la libertad de las personas que produce este tipo de legislación, como así también de posibles soluciones ante tales esquemas véase: Bolatti, V.; Frontalini Rekers, R.; Moyano, R.; Truccone Borgogno, S. (2013) “Comentarios sobre la aplicación del código de faltas en la ciudad de Córdoba” (en prensa) en: Bisig, Elinor (ed.) *Control social y estrategias punitivas de exclusión: El Código Faltas de la Provincia de Córdoba*, Córdoba, SECYT (en prensa).

situaciones donde queden a merced de algunos sujetos; sea porque la posibilidad de utilización de tales recursos se convierte en más costosa o desaparece, a causa de una acción arbitraria de un tercero; sea porque una acción compromete alguna institución necesaria para que tales recursos puedan ser utilizados sin posibilidad de que queden a merced de otro.

a. REPUBLICANISMO Y DERECHO PENAL LIBERAL

Quisiera contestar a una objeción, que pudiera formularse desde el marco teórico liberal, en contra de la construcción esbozada. Es cierto que desde el ideal republicano de libertad como no dominación es posible, sin caer en esquemas moralistas, justificar la tipificación penal de conductas que desde un punto de vista liberal encontrarían difícil acomodo. Sin embargo, ¿por qué habrían de preocuparse los liberales de resolver problemas que se plantean a partir de una teoría no liberal de la libertad? ¿No son problemas específicamente republicanos aquellos que las teorías republicanas están en condiciones de resolver?

Para responder a tal objeción no alcanza simplemente con afirmar que el republicanismo puede resolver casos que el liberalismo no. Es necesario además explicar por qué también los liberales deberían aceptar las respuestas republicanas.¹⁴⁰ Para ello se debería mostrar que la *no dominación* es algo que también importa a los liberales, aunque no están en condiciones de abordarla adecuadamente.

Para mostrar que esto es así, se tomará como punto de referencia el pensamiento de uno de los fundadores del pensamiento penal liberal: J. P. A. von Feuerbach. Este autor, en el año 1797 escribe *Anti-Hobbes, o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano*, con el fin de proponer medios para garantizar la libertad de los súbditos en la comunidad. El autor creía que la libertad no podía ser alcanzada si los ciudadanos se encontraban a merced del soberano, bajo su dominio. Así, dedica numerosas páginas tanto a identificar los males que padecen las personas en esa circunstancia, como a proponer medios para evitarlo. Al igual que los republicanos, Feuerbach –considerado uno de los padres del derecho penal liberal– da importancia no sólo a las interferencias que los ciudadanos puedan sufrir en sus vidas, sino que se preocupa por la situación en que se

¹⁴⁰Para un análisis detallado sobre la cuestión, véase: Truccone Borgogno, Santiago (2013) “Feuerbach y la libertad: el objetivo del derecho penal liberal” en *IUSTEL: Revista General de Derecho Penal*, n°19, 2013, pp. 1-21.

encuentran cuando están bajo el arbitrio de otro, aun cuando este otro nunca intervenga – cuando están dominados.

Feuerbach ve en la dominación un mal al que se debe hacer frente. Según sus palabras, el objeto de su libro es “*el soberano que ofende a su pueblo, y el pueblo que se protege contra esta injuria.*”¹⁴¹ Sin embargo, a él le importaba esta relación entre los ciudadanos de una comunidad y el gobernante en lo relativo a los poderes y facultades que a cada uno le correspondían. En cuanto a los ciudadanos, le interesaba analizar si tenían (y en qué ocasiones) el derecho de resistencia frente a la autoridad. En tanto que en referencia al soberano, su preocupación principal era evitar que sus poderes fueran de tal magnitud que los ciudadanos quedaran a su merced o dominio, debido a que en ese caso estaría en condiciones de inferirles daños arbitrariamente. A los fines que aquí interesan, sólo tiene importancia la segunda de las cuestiones, es decir, la referida al poder que queda en manos del soberano. Contrariamente a lo sostenido por teóricos de la época –como por ejemplo Hobbes¹⁴² e incluso el mismo Kant¹⁴³– Feuerbach intenta poner límites al poder del soberano, con el objetivo de garantizar la libertad y seguridad de los ciudadanos. Al autor le aterraba que éstos quedaran a merced o *dominio* de aquel, dado que en tal circunstancia no podría evitarse que el soberano infligiese males de manera arbitraria a sus ciudadanos. Eso explica que a partir de Feuerbach todo el moderno derecho penal liberal encuentre su finalidad en la puesta de límites al poder punitivo del Estado. Con ello se enfrenta a la concepción de libertad formulada por Thomas Hobbes, en el siglo XVII. Hobbes presenta la libertad no como

¹⁴¹ Feuerbach, P.J.A, (2010[1797]) *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano*, Bs.As, Hammurabi, [Trad. L. Brond], p. 85

¹⁴² Feuerbach quiere construir un modelo de Estado que se le oponga al de Hobbes. En este sentido, cita a un revelador pasaje del Cap. VIII del *de Cive*: “*Pues, ser soberano no significa otra cosa que ser señor de muchos. Si bien el bienestar de la nación es un deber sagrado del soberano, este deber es un mero deber de la bondad y no de la justicia*” (Feuerbach, P.J. (2010[1797]), *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano*, Bs.As, Hammurabi, p. 63).

¹⁴³ Feuerbach se refiere a Kant sin nombrarlo en el capítulo primero de su libro cuando dice “*varios de nuestros filósofos modernos se pronuncian a favor de este poder ilimitado y de la obediencia incondicional sostenidos por el filósofo inglés, y en parte por la agudeza pero también por el peso de su nombre, la han atribuido a esa afirmación una sanción que de otro modo quizás nunca habría recibido*” (Feuerbach, P.J.A, (2010 [1797]), *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano*, Bs.As, Hammurabi, p. 64). Sin embargo, es en la nota del capítulo III donde se opone a la tesis Kantiana de la posibilidad del soberano de cambiar la constitución de un estado ante la sumisión pacífica del pueblo: “*Kant, (en su Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, p. 178) denomina reforma a una modificación de la Constitución del estado realizada por el soberano (el legislador). Revolución a un cambio de la misma realizado por el pueblo. Considera que únicamente la primera es legítima. Según mi convicción, que expondré en la primera parte de este escrito, no es legítima una modificación o revolución unilateral de la antigua constitución ni por parte del pueblo ni del soberano. El pueblo y el soberano deben consentir una modificación semejante.*”

ausencia de dominación, sino como *ausencia de interferencia*. Escribe: “*Es un hombre libre quien en aquellas cosas de que es capaz por su fuerza y por su ingenio, no está obstaculizado para hacer lo que desea*”¹⁴⁴. Así, la libertad consistiría en ausencia de coerción, tanto física como aquella que tiene lugar a raíz de una amenaza.

Según Philip Pettit¹⁴⁵ y Quentin Skinner¹⁴⁶, este modo de concebir la libertad permitió a Hobbes a argüir que el derecho es siempre invasor de la libertad de las personas, por benigna que se revele esta intromisión a largo plazo: los individuos gozan de libertad ante la ausencia de leyes, es decir, sólo cuando el derecho no se entromete. Esa observación puso a Hobbes en condiciones de ridiculizar la idea republicana de que en algún sentido el ciudadano de una república es libre, mientras que no lo es el de un régimen despótico. Para Hobbes, en ambos tipos de Estado, el súbdito tiene libertad en el mismo sentido: en el de no estar enteramente restringido por la ley.¹⁴⁷

Feuerbach no admitía la utilización que hacía Hobbes del concepto de libertad como no interferencia para argumentar que los ciudadanos de un régimen despótico no quedarían peor, en términos de libertad, que los ciudadanos de un régimen republicano. Todo lo contrario, su interés estaba en justificar la creación de mecanismos jurídicos para que los ciudadanos no queden a merced del soberano. Un ejemplo resulta revelador. Al referirse a la cuestión de la propiedad de los bienes de los ciudadanos, Hobbes hace al soberano propietario de los bienes de los súbditos: “*Tu dominio y tu propiedad es tan grande y perdura tanto tiempo como lo permita el soberano mismo.*”¹⁴⁸ Por lo tanto independientemente de si se trata de un régimen despótico o de uno republicano, la propiedad de los súbditos dependía de la voluntad del soberano y en consecuencia, ambos modelos de Estado poseían el mismo valor. Feuerbach, en cambio, insistía en que entre ambas clases de Estado existían diferencias significativas. Para él sólo en las repúblicas –únicas donde puede tener lugar una sociedad civil–, los ciudadanos no están a merced del soberano, y sólo en ellas puede tener lugar realmente la propiedad privada: “*Si el estado fuese el verdadero propietario de todo el*

¹⁴⁴ Hobbes, Thomas, (2004 [1651]), *Leviatán*, Bs. As, Libertador, p. 145

¹⁴⁵ Pettit, Philip, (1999[1997]) *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Bs. As. Paidós, [Trad. Toni Domenech], p. 59

¹⁴⁶ Skinner, Quentin (1998) *Liberty Before Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 9-10.

¹⁴⁷ Pettit, Philip, (1999[1997]) *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Bs. As. Paidós, [Trad. Toni Domenech], p. 59

¹⁴⁸ Hobbes, citado por Feuerbach, P.J., (2010[1797]), *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano*, Bs.As, Hammurabi, p. 173

*patrimonio en su territorio, la (aparente) propiedad de los súbditos no sería más que una gracia, una concesión del Estado, un precarium, que a gusto y placer podría limitarse, robarse y destruirse”.*¹⁴⁹

Parece ser que la razón por la cual Feuerbach no estaba dispuesto a aceptar que los bienes de los súbditos sean de propiedad del soberano, se encontraba en el hecho de que, para él, la vida en libertad sólo se garantizaba si los ciudadanos no quedaban sujetos a la voluntad del soberano. Es decir, son libres mientras no tengan que limitar sus decisiones debido a la arbitrariedad de alguien. En una república, para Feuerbach, no es posible el dominio del soberano hacia los ciudadanos, ya que de ser así, las personas se encontrarían en un estado absoluto, tal y como propugnaba Hobbes en su *Leviathan*.

Sin embargo, aunque Feuerbach identificó el problema, falló en proponer una solución. Esto, porque tomó como punto de partida un concepto de libertad que no elimina la posibilidad de la dominación. Feuerbach cae en la trampa hobbesiana cuando continúa utilizando el concepto de libertad propuesto por Hobbes. En situación parecida se encuentran seguidores liberales modernos de las ideas de Feuerbach. Así, por ejemplo, Zaffaroni justifica el derecho de resistencia en aquellos casos en los que el soberano comprometa la libertad del ciudadano con acciones que contraríen los fines del contrato social¹⁵⁰. En este sentido contrapone el modelo de Feuerbach al de Hobbes, donde no cabe tal resistencia porque los ciudadanos quedan sujetos al dominio del soberano. Pero Zaffaroni, que finaliza su comentario con la propuesta de evitar la dominación del soberano por medio del derecho de resistencia, no se plantea la cuestión de fondo, referida al compromiso que representa para la libertad, la dominación misma.

Ferrajoli parece prestar atención –al igual que Feuerbach– tanto a la dominación como a la interferencia arbitraria que de ella se deriva. Así, sostiene que “*sólo las prohibiciones al igual que las penas, pueden ser configuradas como instrumentos de minimización de la violencia y de tutela de los más débiles contra los ataques arbitrarios de los más fuertes*”¹⁵¹. Sin embargo, nuevamente pone el acento sólo en algunas de las consecuencias que se derivan de la dominación: al proponer que sólo pueda haber derecho penal allí donde los actos sean

¹⁴⁹ Feuerbach, P.J., (2010[1797]), *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano*, Bs.As, Hammurabi, p. 172

¹⁵⁰ Zaffaroni, Eugenio R (2007), *El Enemigo del Derecho Penal*, Bs. As. Ediar, p. 128

¹⁵¹ Ferrajoli, Luigi, (1995[1989]) *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, p. 466

efectivamente lesivos, Ferrajoli deja de lado el tema de la arbitrariedad en la interferencia, para preocuparse por los males de la interferencia misma.

Roxin, por su parte, al explicar el principio de legalidad, también busca poner límites a la potestad punitiva del Estado “*para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del Estado Leviathan*”¹⁵². La construcción del autor también repara en Feuerbach. Recuerda que la formulación clásica del principio de legalidad –*nullum crimen sine lege*– cuyo origen suele atribuirse genéricamente al liberalismo político, se fundamenta en la *teoría de la coacción psicológica* Feuerbach. De acuerdo con ella, si el fin de la conminación penal es la intimidación de potenciales delincuentes, la determinación psíquica que se pretende sólo se puede lograr si antes del hecho se fija en la ley cuál es la acción prohibida; porque si faltase una ley previa o esta fuere poco clara, no se podría producir el efecto intimidatorio. Roxin considera que la teoría de la coacción psicológica está superada y que por tanto también lo está la fundamentación del principio de legalidad a partir de ella. Pero piensa que es posible actualizarla si se complementa el aspecto intimidatorio con el aspecto positivo de la prevención general¹⁵³. Con ello parece identificar el problema feurbachiano de la dominación: pregona que para que los ciudadanos no queden a merced del soberano, toda conducta que sea punible debe estar tipificada previamente en la ley. Sin embargo, reconoce la insuficiencia de ese recaudo. No cree que los ciudadanos puedan gozar de libertad, es decir de tener la posibilidad de ser autores de sus propias vidas, si la prescripción legal no es precisa. Una tipificación con una descripción demasiado vaga permite que los órganos del Estado –v.gr.: las agencias ejecutivas¹⁵⁴– tengan un alto grado de discrecionalidad en la selección criminalizante. Esta circunstancia hace que los ciudadanos queden a merced de la decisión de quien tiene el poder de seleccionarlos para acabar dentro del sistema penal. Este tipo de legislación suele provocar un alto grado de dominación desde

¹⁵² Roxín, Claus, (1997) *Derecho Penal: Parte General, T I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Civitas, p. 136

¹⁵³“*En efecto si la conminación e imposición de las penas también contribuye sustancialmente a estabilizar la fidelidad al Derecho de la población y en muchos casos a construir la predisposición a comportarse conforme a las normas, ello sólo es posible si hay una clara fijación legal de la conducta punible; pues si no la hubiera, el Derecho penal no podría conseguir el efecto de formación de conciencias del que depende el respeto a sus preceptos*” (Roxín, Claus, (1997) *Derecho Penal: Parte General, T I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Madrid, Civitas, p. 146)

¹⁵⁴ Terminología característica para referirse a la policía y otros cuerpos de seguridad del Estado propuesta por: Zaffaroni R. E.; Alagia, A; Slokar. A (2002) *Derecho Penal, Parte General*, Bs. As. Ediar p. 48. Para un desarrollo detallado de la selección criminalizante, véase: Zaffaroni, Raúl E. (2009) *Estructura Básica del Derecho Penal*, Bs. As. Ediar, pp. 22-28

el Estado hacia los ciudadanos, particularmente focalizada en determinados sectores. El ideal republicano veta la posibilidad de sancionar este tipo de legislación.

Así, también los pensadores liberales modernos, han caído en la trampa hobbesiana. Han tomado el concepto de libertad de Hobbes y se han olvidado que el compromiso con la libertad no está sólo en las interferencias arbitrarias que pueden tener lugar en la vida de las personas, sino en la arbitrariedad misma de la interferencia. Lo que compromete a la libertad, no es sólo la interferencia sino también la arbitrariedad en la decisión de interferir. Sin embargo, dado que, de todos modos, identifican un mal en la dominación, parece que deberían aceptar la solución aquí propuesta. Para el republicanismo uno no es libre, y por tanto no puede gobernar su vida conforme a sus propias decisiones, cuando su vida puede ser limitada a gusto y placer de un *dominus*. Por tanto, desde el punto de vista aquí adoptado, estarán justificadas aquellas tipificaciones penales que protejan, a través del fomento de la existencia de un *status no-dominado*, los *recursos* necesarios para que cada uno esté en condiciones de ser autor de su propia vida. Así, las tipificaciones penales estarán no sólo destinadas a impedir interferencias arbitrarias a tales recursos, sino también a representar un costo en la decisión de interferir de determinados sujetos, de manera que no puedan estar en posición de dominar a nadie.

3. RESULTADOS PROVISIONALES

De los últimos dos capítulos pueden extraerse, provisionalmente, las siguientes consideraciones. En primer lugar, se ha dicho que se debe concebir a las personas como agentes sensibles a razones que –por tanto– poseen la aspiración de dirigir sus vidas a partir de sus propias decisiones. Eso significa que cada uno pretende ser autor de su propia vida. Sin embargo, en segundo lugar lo cierto es que los Estados utilizan (y deben utilizar) el derecho como medio de regulación de conductas y control social. Pero, dado que el derecho implica coerción, y que el uso de coerción disminuye la autonomía de las personas sobre las que se ejerce, la intervención coercitiva del Estado en la vida de las personas debe estar justificada. Tercero, se ha afirmado que el Estado sólo tendrá una razón para interferir en la vida de sus ciudadanos cuando alguno de ellos frustre el interés racional que posee otro individuo en dirigir su vida a partir de sus propias consideraciones. Cuarto, en el modelo aquí propuesto, ocurre tal cosa cuando un individuo, sin costo para sí mismo, se encuentra con capacidad para interferir arbitrariamente en un *recurso* necesario para que otras personas gobiernen sus vidas conforme a sus propias decisiones.

Quinto, una conducta constituirá un delito cuando implique la reducción del potencial de acción, jurídicamente reconocido de otra persona¹⁵⁵. En tales casos, el Estado tiene razones para intervenir de manera coercitiva contra el infractor. Esto quiere decir que, mientras las personas –en ejercicio de su autonomía– no afecten o dañen intereses de terceros, de modo tal que dificulten o impidan que desarrollen sus propios planes de vida conforme a sus decisiones, sus acciones deben reputarse como privadas y por tanto sin ninguna trascendencia para los intereses del Estado. En este punto coinciden liberales y republicanos. Sin embargo existe una diferencia a la hora de determinar qué situaciones producen una afectación a la *libertad* de un tercero: los liberales dirán que tal cosa tiene lugar cuando una acción interfiera con un *recurso*; en tanto que para los republicanos el mero hecho de que un sujeto tenga capacidad para interferir de manera arbitraria en un *recurso*, compromete las posibilidades que los titulares de ese recurso tienen de dirigir sus vidas conforme a sus propias decisiones. No puede decirse que no se ha menoscabado la libertad de una persona cuando la posibilidad de utilizar el recurso necesario para desarrollar su propio plan de vida depende de la buena voluntad o gracia de alguien. En ese caso, el sujeto ya no se encuentra en el *status no-dominado* necesario para ser autónomo. Ahora, la utilización de tal recurso es más costosa. En resumen, una tipificación penal estará justificada, sólo si se dirige a fomentar la existencia del *status no-dominado* de los agentes. Para ello se hará uso de prohibiciones penales que tiendan a proteger aquellos *recursos* necesarios para que cada individuo pueda gobernar su vida conforme a sus propias decisiones.

¹⁵⁵ Robles Planas, Ricardo (2012) *Límites al Derecho Penal: principios operativos en la fundamentación del injusto*, Barcelona, Atelier, p.26.

CAPÍTULO IV

GENERACIONES FUTURAS

*“Ninguna generación puede contraer deudas superiores a las que puedan pagarse durante su propia existencia”
(Jefferson, Thomas, Carta a James Madison de 6 de setiembre de 1789)*

CAPÍTULO IV. GENERACIONES FUTURAS

INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías y el potencial productivo de las sociedades modernas hecho que cobra cada vez mayor importancia la pregunta referida a las consecuencias de los actos presentes para las generaciones futuras. A los efectos de esta investigación, se entiende por sujetos pertenecientes a las generaciones futuras a aquellas personas que no han sido concebidas en el momento de la realización de la acción a juzgar. Así, quedan comprendidos en esta categoría tanto aquellos sujetos que comparten parte de la vida con la generación presente, como aquellos que sólo existirán en un futuro distante.

Fuera del ámbito de la responsabilidad médica o de la derivada de la manipulación genética, el debate penal respecto de las generaciones futuras surge de dos maneras, relacionadas generalmente con la cuestión ambiental. Por un lado, algunos dan por supuesto que existen obligaciones con las generaciones futuras, y sugieren que la mejor forma de protegerlas es a través de las tipificaciones en forma de daños acumulativos. Estos delitos están definidos a partir de conductas que por sí solas no causan menoscabo alguno, pero que sumadas a otras de igual naturaleza producen consecuencias nefastas, pudiendo lesionar los recursos necesarios para que las personas puedan gobernar sus vidas conforme a sus propias decisiones. Otros, por el contrario, comienzan analizando las tipificaciones en forma de daños acumulativos y llegan a la conclusión de que esas tipificaciones no son objetables, ya que son el medio más eficaz para proteger el ambiente y con ello las condiciones de vida de las generaciones futuras.

La suma de estas dos aproximaciones produce una especie de razonamiento circular. Los que parten del análisis de las obligaciones hacia las generaciones futuras, proponen a los delitos acumulativos como la mejor forma de lograr ese objetivo. Y a su vez, los que empiezan por analizar las tipificaciones en forma de daños acumulativos, las legitiman por su eficacia para proteger a las generaciones futuras. Para evitar malentendidos, hay que advertir, sin embargo, que no existe una dependencia conceptual entre los daños acumulativos y la afectación al ambiente y a las generaciones futuras. Es lógica y empíricamente posible que una sola acción (v.gr.: la explosión de una central nuclear), afecte gravemente a las generaciones futuras; del mismo modo que es posible que los daños acumulativos afecten a las condiciones de vida de las generaciones presentes.

A ello se debe agregar una cuestión que está involucrada en la temática y que, a excepción de Feinberg¹⁵⁶, ningún teórico penal se ha planteado: ¿existen razones que permitan justificar prohibiciones penales, cuando la acción que se pretende censurar es la causa (o parte de la causa) de la existencia de un ser? Esta cuestión lleva a preguntarse quiénes son las personas que se pretenden proteger a través de ese tipo de tipificaciones. Es lo que desde Derek Parfit se conoce como “problema de la no-identidad” (*Non-Identity Problem*)¹⁵⁷. Se trata de un inconveniente que se pone de manifiesto cuando la acción –v.gr.: degradar el ambiente– determina quién será el sujeto dañado, y a la inversa, no producir esa afectación implica generar a un sujeto distinto que, por ello, ya no será afectado. Este problema ha dado lugar a un profuso debate filosófico¹⁵⁸ que, sin embargo, todavía no se ha reflejado en el ámbito penal. Quizás la respuesta esté en la dificultad de identificar un daño (o una lesión de un bien jurídico) en situaciones donde lo reprochable es la realización de un acto que es parte –remota pero necesaria– de la causa de la existencia de un ser.

Para comprender este problema, se puede realizar el siguiente experimento mental. Piénsese en la decisión de reabrir una central nuclear para suministrar electricidad y calefacción en una nación pobre. Como resultado de esa acción, se consigue que la generación presente tenga mayor bienestar: el frío y la falta de confort ya son problemas que incidan sobre sus decisiones reproductivas, de modo que nacerán individuos que de otro modo –probablemente– no lo hubieran hecho. Sin embargo, se sabe que los residuos que producirá el funcionamiento de la central harán que las siguientes generaciones sufran enfermedades varias¹⁵⁹. Para proteger a esas personas, es posible pensar en tipificar penalmente conductas

¹⁵⁶ Feinberg, Joel (1984) *Harm to others: the moral limits of criminal law I*, Oxford, Oxford University press p. 95 y ss. Y Feinberg, Joel (1988), *Harmless Wrongdoing: the moral limits of criminal law IV*, Oxford, Oxford University press, p. 27-33 y 325-328

¹⁵⁷ El problema ha sido descubierto por Derek Parfit en el manuscrito que hizo circular en 1976 “Overpopulation: Part One”. El argumento presentado apareció luego en dos artículos publicados en 1981 y 1982: “Energy and the Further Future” *Center for Philosophy and Public Policy*, University of Maryland (1981), pp.112-121 y “Future Generations: Further Problems” en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 11, N° 2 (Spring, 1982), 113-172. Alcanzó un desarrollo exhaustivo en 1984, en la parte IV de su libro *Reasons and Persons*, Oxford Clarendon Press, pp. 351 y Ss.

¹⁵⁸ Attfield, Robin, (2014) *Environmental Ethics, 2nd. Ed: Fully Revised and Expanded*, Cambridge, MA, Blackwell; Parfit, Derek (2011) *On What Matter*, T.II, Oxford, Oxford University Press; Gosseries, A. & Mayer L. (ed.) (2009), *Intergenerational justice*, Oxford university Press; McMahan, Jeff. (2002), *The Ethics of Killing*, Oxford, Oxford University press; Scanlon, T.M. (1998), *WVO: What we owe to each other*, Harvard University Press; Pontara, Giuliano (1996), *Ética y Generaciones Futuras*, Barcelona, Ariel.

¹⁵⁹ El ejemplo, con leves variaciones han sido tomados de De Lora, Pablo (2006) “¿Qué hay de malo en tener hijos?”, en *Anuario UAM*, Madrid, n° 10, 2006, pp. 45-64.

que tiendan a salvaguardar las condiciones ambientales¹⁶⁰, –v.gr.: mediante una prohibición de instalar plantas de energía nuclear con el fin de que las generaciones futuras no tengan que lidiar con los efectos adversos de los residuos radiactivos presentes.

A primera vista, parecería que la prohibición de instalar o reabrir plantas de energía nuclear es un medio adecuado para proteger los intereses de las personas que vivirán en el futuro. ¿Pero es esto realmente así? A modo de anticipo de los resultados de esta investigación se puede decir que la prohibición de instalar la planta que produce desechos radiactivos, aunque no puede proteger a estos seres futuros concretos, sin embargo es la mejor opción, de modo que la existencia de una tipificación penal semejante estaría justificada.

Que esta última afirmación sea acertada depende del éxito del conjunto de este trabajo. Pero para que el análisis sea coherente y exhaustivo es preciso distinguir al menos tres problemas: (i) el problema de la *responsabilidad penal hacia las generaciones futuras*; (ii) el *problema de la no-identidad*; y (iii) el problema de las *tipificaciones en forma de daños acumulativos*. Aunque el objeto central de este trabajo es analizar la legitimidad del uso del derecho penal en las relaciones con las generaciones futuras, es inevitable hacer consideraciones respecto de los otros dos. Eso evitará que a la hora de analizar el problema se mezclen cuestiones que, aunque guarden relación con él, requieren una respuesta diferente. Con todo, el problema de la no-identidad implica el problema de la responsabilidad para con las generaciones futuras, ya que supone la realización de una acción que es causa de la existencia de un ser. Asimismo, dado que por lo general los efectos de las acciones van siendo de menor importancia a medida que transcurre el tiempo, en casi todo asunto referido a las generaciones futuras remotas en el tiempo estará presente el problema de los daños en forma de delitos acumulativos.

Con el fin de mostrar las particularidades de las tres situaciones básicas, y sus respectivas combinaciones, se presentan los siguientes casos:

CASO 1: Un sujeto A, coloca una bomba en un hospital maternal para que explote dentro de diez meses. Como esto es así, algunas de las personas que estén en el centro de salud cuando el artefacto explote aún no han sido siquiera concebidas. La bomba explota y como consecuencia mueren muchos recién nacidos.

CASO 2: Una empresa petrolera comienza a explotar una reserva en un lugar nada o muy escasamente poblado. A causa de la explotación comercial, muchas personas llegan a ese

¹⁶⁰ Las mismas consideraciones pueden ser esgrimidas respecto de aquel sujeto que decide enterrar residuos radiactivos de su empresa o arrojar hidrocarburos u otros contaminantes a cuencas hídricas.

lugar para trabajar. La exposición de estas personas a gases emanados de la refinería (anhídrido sulfuroso (SO₂) y sulfhídrico (SH₂)), y determinados componentes del crudo (benceno, tolueno y xileno) hace que su descendencia, pueda presentar malformaciones o enfermedades congénitas. Efectivamente, la descendencia de los trabajadores –que es concebida mientras sus padres se encuentran en la zona industrial–, aún con una vida que vale la pena ser vivida, nace con alguna malformación.

CASO 3: Existe una población X en las márgenes de un río que constituye su única fuente de agua potable. En un momento dado, se instala en la ribera una empresa A, que arroja desechos industriales al cauce. Los residuos expelidos por A, por sí mismos, no pueden afectar a ninguno de los integrantes de la población X, dado que no son lo suficientemente abundantes como para hacer que el agua deje de ser potable. Se puede suponer que los residuos de A sólo afectan a una vigésima parte del agua, dejando la suficiente cantidad para ser bebida. Con el tiempo, se instala en la ribera una empresa B, que arroja la misma proporción de desechos que A. Más tarde, hacen los propio las empresas C, D, E, F, G e I, y así sucesivamente. Aunque cada una de las empresas sabe que las otras empresas arrojarán (o es probable que arrojen) residuos, de modo que el resultado será la contaminación total del río, ellas no se ponen de acuerdo para hacerlo. Al cabo de un mes, ese es el efecto, razón por la cual, los pobladores de X ya no pueden beber agua potable.

CASO 4: Igual que en el CASO 3, sólo que los efectos contaminantes en el río que se producen como consecuencia de los residuos arrojados por las empresas A, B C, D, E, F, G, I, etc., afectan a quienes vivirán dentro de 100 años. Como antes, aunque cada una de las empresas sabe que las otras arrojarán (o es probable que arrojen) residuos, de modo que el resultado será la contaminación total del río, ellas no se ponen de acuerdo para hacerlo. Como resultado las personas que vivirán dentro de 100 años no pueden beber agua del río.

CASO 5: Igual que en el CASO 3, las empresas A, B, C, D, E, F, G, I, etc., se instalan en las márgenes de un río arrojando sus desechos su cauce. Sin embargo, a diferencia de los CASOS 3 y 4, las márgenes están despobladas, de modo que la contaminación probable que pueda sufrir el río no afectará directamente a ningún ser presente que viva en él. No obstante, a consecuencia de la explotación industrial, se acercan al río varias personas procedentes de diferentes latitudes. Los residuos arrojados por las empresas –ni los que expele cada una individualmente, ni la sumatoria de los desechos de todas ellas– pueden afectar a ninguna de las personas presentes que han acudido a la zona industrial. Sin embargo, la suma de los desechos de todas las empresas hace que los descendientes remotos de quienes acudieron a la zona industrial –quienes de otro modo probablemente no hubieran nacido– no puedan beber agua del río, ya que está contaminada.

A excepción del CASO 2, en cada uno de los tres primeros casos, sólo tiene lugar un problema, sin que se encuentren de manera directa manifestaciones del otro. Los tres últimos, muestran diferentes combinaciones entre los problemas. El CASO 1, es un supuesto de afectación a las *generaciones futuras* (GG.FF.); en el CASO 2, junto con la afectación a las generaciones futuras, se encuentra un supuesto típico del *problema de la no identidad* (N.I.); y en el CASO 3, es el prototípico de los *delitos acumulativos* (D.A.). Asimismo, el problema de las generaciones futuras puede tener diferentes consideraciones, dependiendo de si la referencia es a generaciones futuras próximas en el tiempo o más remotas. En estos casos, también sería posible que la afectación sea por una sola acción (CASO 1), o a consecuencia de los efectos que producen una sumatoria de acciones en sí mismas poco o nada lesivas

(CASO 4). Con todo, en cada uno de estos, también es posible que se manifieste el problema de la no-identidad (CASO 5). La siguiente tabla, da cuenta de la clasificación precedente:

	GENERACIONES FUTURAS (GG.FF.)	PROBLEMA DE LA NO IDENTIDAD (NI)	DELITOS ACUMULATIVOS (DA)
CASO 1	+	-	-
CASO 2	+	+	-
CASO 3	-	-	+
CASO 4	+	-	+
CASO 5	+	+	+

Después de haber intentado diferenciar las clases de problemas que se relacionan usualmente con la cuestión intergeneracional, se comenzará analizando la problemática específica referida a las relaciones con las generaciones futuras. El estudio en profundidad del problema de la no-identidad quedará para el capítulo V; y el referido a los delitos acumulativos, para el capítulo VI.

1. GENERACIONES FUTURAS

En el terreno penal el debate referido a las generaciones futuras ha girado en torno a dos preguntas. La primera sobre si debe protegerse a las generaciones futuras a través de la legislación penal, y la segunda sobre cuál es la mejor manera de lograr ese objetivo. Sin embargo, tales cuestiones presuponen otra –de carácter moral– sobre si existen obligaciones para con las generaciones futuras. Si la respuesta a esta última es negativa, las otras dos preguntas que han abordado los teóricos penales carecen de sentido. Por esta razón, el punto a analizar en este capítulo es el referido a la plausibilidad de la existencia de tales obligaciones. Sólo si el resultado del análisis es positivo, tendrá sentido indagar en las otras dos cuestiones. Para realizar esta tarea, en primer lugar (sección 2) se esbozarán e intentarán contestar las objeciones más importantes que se han presentado a casi cualquier teoría que pretenda justificar la existencia de obligaciones para con las generaciones futuras. En segundo lugar (sección 3) se presentarán una serie de teorías que han pretendido fundamentar la existencia de obligaciones para con las generaciones futuras. Esta tarea se realizará no sólo indagando la plausibilidad (o no) de tales teorías en el plano moral, sino que también se identificarán las consecuencias que conllevan para el derecho penal. Se finalizará el capítulo con la reformulación de una de las teorías propuestas, que permita fundamentar la existencia de obligaciones para con las generaciones futuras y, asimismo, sea compatible con los resultados alcanzados en los capítulos anteriores.

2. OBJECIONES A LA EXISTENCIA DE OBLIGACIONES PARA CON LAS GENERACIONES FUTURAS

Existen dos objeciones que se esgrimen en contra de casi cualquier teoría que pretenda justificar obligaciones para con las generaciones futuras. La *primera* tiene que ver con la no existencia actual de ellas. El presupuesto de la objeción es que la existencia es una condición esencial para ser receptor de obligaciones por parte de otros. Así, cualquier proceso de asignación de derechos y obligaciones exige poder identificar al portador del derecho o receptor de la obligación. Como las generaciones futuras no existen, no tiene sentido afirmar que ellas pueden ser portadoras de derechos o receptoras de obligaciones¹⁶¹. Esta objeción puede ser interpretada de dos modos. En primer lugar, la inexistencia puede entenderse en el sentido de falta de identificación del receptor de la obligación. Si ésta es la interpretación, la crítica no es atinada, ya que no es verdad que no se pueda tener una obligación aunque el receptor no exista. Por ejemplo, existe la obligación de prestar el auxilio necesario a menores perdidos o desamparados o en general a personas que se encuentren amenazadas por un peligro grave, siempre que ello no implique riesgos para quien realiza la acción. Ésta obligación, que no sólo es de índole moral, sino también legal –art. 108 Código Penal (C.P.) Argentino, art. 195 C.P. Español–, existe aunque no haya personas en la situación esbozada. Lo que esta obligación implica es que en el caso de que se identifique a un ser en la situación descrita, se le debe ayudar. El supuesto de las generaciones futuras no es diferente. Dado que en el futuro existirán otras generaciones, es posible identificar a su debido momento, a los sujetos que pertenecen a ellas como receptores de nuestra obligación, aún si no ese puede saber qué personas concretas serán.

Sin embargo, la objeción puede mantenerse si se agrega una cualificación. Podría decirse que uno tiene una obligación respecto de personas que no pueden identificarse, sólo si uno puede beneficiarse del esquema que exige el cumplimiento de la obligación. En los ejemplos puestos no hay inconveniente para admitir que uno está obligado, dado que la obligación de ayudar al perdido o desamparado, por más que tenga fundamento en la solidaridad, contribuye al mantenimiento de un sistema que es beneficioso para todos, incluido quien cumple la obligación. Sin embargo, en relación con las acciones pensadas en salvaguarda de las generaciones futuras, al menos las más remotas en el tiempo, no se da la relación de reciprocidad entre derechos y obligaciones, dado que el cumplimiento de la

¹⁶¹ Loewe, Daniel (2010), “Obligaciones hacia las Generaciones Futuras: el caso contractual” en *Veritas, Porto Alegre v. 55*, n 1, enero/abril 2010 pp. 21-66, p.23.

supuesta obligación no contribuye al mantenimiento de ningún esquema que sea beneficioso para la generación presente. Si esto es lo que quiere decirse con la objeción de la “no existencia actual”, entonces no se refiere tanto a la no existencia actual de las generaciones futuras como a la imposibilidad de beneficiarse de ellas. La objeción no sería a la posibilidad de obligaciones para con las generaciones futuras, sino sólo a la tesis que –como se analizará– afirma que tales obligaciones existen sobre la base de un modelo contractual basado en el mutuo interés.

La segunda objeción no pone en duda el estatus de existencia de las generaciones futuras. Sin embargo, recurre a la falta de información disponible en la actualidad para individualizar los intereses de las generaciones futuras, para cuestionar la posibilidad de que las generaciones presentes tengan obligaciones hacia aquellas. Si la razón para otorgar derechos es la protección de intereses relevantes, en el caso de las generaciones futuras se tropieza con el problema de que es imposible saber cuáles serán sus intereses. En esas condiciones, si existe alguna obligación hacia las generaciones futuras, sería la de no planificar en relación con el futuro: cualquier cosa que se haga respecto de la prosperidad sería incorrecta. Esta objeción es conocida como el *problema de la miopía temporal*.¹⁶² Sin embargo, esta crítica en lugar de argumentar en contra de las obligaciones presentes, lo hace más bien a favor¹⁶³. Así, del desconocimiento total acerca de los intereses de las generaciones futuras, no se deriva la inexistencia de obligaciones hacia ellas. En lugar de ello, la consecuencia sería –con mayor plausibilidad– la inversa. La generación presente tiene, al menos, la obligación de no menoscabar las condiciones de vida de sus descendientes de un modo que para ellos sea imposible desarrollar una vida digna.

3. FUNDAMENTOS DE LAS OBLIGACIONES CON LAS GENERACIONES FUTURAS

a. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD INTERGENERACIONAL

La defensa del principio de responsabilidad intergeneracional, cuyo diseño se debe a Hans Jonas,¹⁶⁴ observa dos hechos de la sociedad moderna. El primero, es el ensanchamiento

¹⁶² Ost F. y van Hoecke M (1999) “Del Contrato a la Transmisión. Sobre la responsabilidad hacia las Generaciones Futuras” en *Doxa 22-1999*, pp. 606- 630, p.607.

¹⁶³ Loewe, Daniel (2010), “Obligaciones hacia las Generaciones Futuras: el caso contractual” en *Veritas, Porto Alegre* v. 55, n 1, enero/abril 2010 pp. 21-66, p.30.

¹⁶⁴ Jonas, Hans (1995), *El principio de Responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona, Herder. [Trad. J.M. Fernandez]

espacial y la dilatación temporal de las series causales puestas en marcha por vida social. El segundo es el carácter acumulativo de los efectos de las acciones de los hombres, el cual plantea la cuestión de la irreversibilidad de las consecuencias para el ambiente.¹⁶⁵ Estos dos hechos, combinados, ponen de manifiesto la posibilidad de que las generaciones presentes menoscaben o destruyan las condiciones de habitabilidad del planeta para las generaciones futuras. De tal diagnóstico Jonas deriva la necesidad de un *principio de responsabilidad*, que ha de ser independiente tanto de la idea de derecho subjetivo, como de la idea de reciprocidad.¹⁶⁶ Sostiene esta doble independencia dado que –según el mismo autor–, por un lado, las generaciones futuras no existen, y por tanto no tienen derechos que pueden ser vulnerados; y por otro, tampoco es aplicable la noción de reciprocidad, porque no es posible que la generación presente se beneficie de las generaciones futuras más remotas.

El fundamento de tal principio se deriva del derecho de existencia que tienen los humanos de hoy. Ese derecho de existencia también se puede predicar de los humanos del futuro, pues, aunque hoy no lo tienen, cabe anticiparlo dado que existirán. Así, a tal derecho de existencia de los humanos del futuro, corresponde a los hombres de hoy un deber como autores. De ese deber la generación presente es responsable frente a las futuras, en relación con aquellas acciones actuales cuyos efectos cambien (o puedan cambiar) las condiciones de vida de las generaciones futuras.¹⁶⁷

En el ámbito del derecho penal la tesis de Jonas ha sido seguida, entre otros por Rafael Alcacer Guirao, quien propone la utilización de la *solidaridad*, como criterio de *lege lata*¹⁶⁸ para justificar tipificaciones penales destinadas a proteger a las generaciones futuras.¹⁶⁹ Afirma el autor de Madrid que existen determinados bienes fundamentales para la vida social, en relación con los cuales surge el deber de fomento y mantenimiento. El ambiente es un bien digno de protección en la medida en que sirve al libre desarrollo personal. El fundamento de las obligaciones hacia las generaciones futuras estaría en el deber de los sujetos de mantener sin cambios ese objeto considerado valioso. Sin embargo, si se sigue con la tesis de Jonas, ese deber deriva de la solidaridad que tenemos hacia nuestros semejantes, en virtud de la macro-

¹⁶⁵ Ídem, p. 33

¹⁶⁶ Ídem, p. 82

¹⁶⁷ Ídem, p. 85.

¹⁶⁸ De *lege ferenda*, se manifiesta en contra.

¹⁶⁹ Alcácer Guirao, Rafael,(2002) “La Protección del Futuro y los Daños Cumulativos”, en *RECPC* 04-08-02, <http://criminet.ugr.es/recpc>, p. 16

institución “especie humana” y su pertenencia a un mundo en común.¹⁷⁰ Esta construcción resulta difícilmente aceptable, dado que la *solidaridad* –como criterio justificador de prohibiciones penales en el marco de un estado respetuoso de la autonomía personal– sólo tiene sentido cuando se trata de obligaciones asociadas a un esquema que es beneficioso para todos, de modo que cada quién pueda seguir su propio plan de vida. En situaciones que tienen lugar entre miembros de una misma generación (o tal vez de generaciones futuras próximas), tal cosa tiene sentido. No lo tiene, en cambio, cuando el sacrificio a que impone la restricción no puede compensarse con ninguna ventaja para quien la sufre.

b. FIDEICOMISO INTERGENERACIONAL

Edith Brown Weiss ensaya una vía diferente. Partiendo del hecho de que cada generación no sólo es beneficiaria de los frutos de la tierra, sino también es custodia y depositaria del planeta para las futuras generaciones¹⁷¹, afirma la exigencia de una equidad intergeneracional, que impondría asegurar un mínimo nivel de igualdad entre generaciones. Ese nivel mínimo proporcionaría un piso para todas las generaciones y aseguraría que cada generación tuviera, al menos, el mismo nivel de recursos naturales que sus antecesores¹⁷².

Esta tesis puede justificarse de dos maneras diferentes. La primera es asociándola a lo que se conoce como una *ética centrada en la vida*. Ésta, aún sin dar a todos la misma importancia, se caracteriza por considerar a todos los organismos vivos como moralmente relevantes.¹⁷³ Desde tal punto de vista, los humanos deben considerar las consecuencias de sus actos no sólo cuando afecten a otros semejantes, sino también cuando lo hagan a todo organismo vivo. Y puesto que los organismos no humanos son moralmente relevantes, los hombres no tienen un poder absoluto sobre ellos. Por esta vía el ambiente se convierte en sujeto de derechos, sobre el cual el hombre ya no posee un derecho absoluto. Esto no significa que los humanos no puedan aprovechar los recursos naturales para su bienestar, sino sólo que sería incorrecto que lo hicieran sin considerar las consecuencias de sus actos para el ambiente.

En el terreno de la dogmática penal, la tesis de un fideicomiso intergeneracional, según la cual cada generación es administradora de un patrimonio que no está a su entera

¹⁷⁰ Ídem, p. 17

¹⁷¹ Brown Weiss, Edith (1988) *Un mundo justo para las futuras generaciones: Derecho Internacional, patrimonio común y equidad intergeneracional*, Madrid, United Nations University press, p.52

¹⁷² Ídem, p. 58

¹⁷³ Elliot, Robert (2004) “Ética Ambiental”, en: Singer Peter (ed.) *Compendio de Ética*, Madrid, Alianza, pp. 391-403 p. 395

disposición –basada en una ética centrada en la vida– se encuentra en propuestas como las de Raúl E. Zaffaroni.¹⁷⁴ Según este autor la naturaleza puede ser usada para vivir¹⁷⁵ pero, dado que se la concibe como sujeto de derechos, tal uso no puede ser abusivo. Sólo podrán realizarse acciones que sean las necesarias para la vida de las personas, evaluando esa necesidad “*conforme a las condiciones humanas de supervivencia digna y al uso no abusivo respecto de todos los entes naturales, y no a la conveniencia de pura obtención de mayores réditos.*”¹⁷⁶ La tesis propuesta por Zaffaroni tiene la ventaja de no necesitar invocar la idea de solidaridad para con las generaciones futuras, ni tampoco la exigencia de reciprocidad o ventaja mutua. Pues una consecuencia de considerar el ambiente como sujeto de derechos es que siempre estará disponible para las generaciones futuras. Sin embargo, como se analizará detalladamente en el capítulo VI, tropieza con los inconvenientes propios de todas aquellas teorías que quieren extender el ámbito de la comunidad moral a entes no humanos.

La segunda forma de justificación de la tesis de fideicomiso intergeneracional es netamente antropocéntrica. Sin embargo, convierte la construcción en una especie de contrato social intergeneracional, dado que lo relevante para ella es concebir un esquema de administración de recursos, que permita que ninguna generación se vea perjudicada de manera injusta. En el ámbito continental, Bernd Schünemann, puede catalogarse como seguidor de esta tesis. El autor de Múnich afirma que el medio ambiente debe protegerse porque es la única manera de proteger a las generaciones del mañana.¹⁷⁷ El fundamento de la justificación de restricciones a su uso en pro de las generaciones futuras, sería un contrato social intergeneracional¹⁷⁸. En sus propias palabras, “*todas las generaciones han de poder disponer de los mismos recursos naturales, de modo que toda explotación abusiva irreversible*

¹⁷⁴ Zaffaroni, E.R. (2012) *La Pachamama y el Humano*, Buenos Aires, Madres de Plaza de Mayo

¹⁷⁵ Ídem, p.142

¹⁷⁶ Ídem, p. 144

¹⁷⁷ Schünemann, Bernd (2002) “Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente” en: él mismo, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, pp.203-223.

¹⁷⁸ Cornelius Prittwitz comparte la tesis de Schünemann respecto del contrato social intergeneracional “*Evidentemente la idea del contrato social sólo resulta consistente si en él participan las futuras generaciones y no se limita a los individuos, que por causalidad, están vivos en este momento*” (Prittwitz, Cornelius (2003) “Sociedad del Riesgo y Derecho Penal” en Arroyo Zapatero, Luis.; Neumann, Ulfrid; Nieto Martín, Adán (Coord) *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, Cuenca, Ed. Universidad Castilla-La Mancha, pp. 259-287, p.270). No obstante, critica al autor de Múnich dado que su tesis se fundamenta meramente en el *valor de la supervivencia de la especie humana*, lo que lleva a pensar en la funcionalización de los intereses del individuo a la comunidad, tesis que encuentra difícil acomodo en esquemas liberales. (ídem, p.271)

constituye una violación injustificada de los intereses de las generaciones futuras.”¹⁷⁹ Este autor, si bien afirma que el contrato social intergeneracional es suficiente para justificar prohibiciones penales destinadas a proteger a las generaciones futuras, no argumenta en profundidad por qué. Quizás alguna de las diferentes versiones de la tesis contractual pueda completar tal tarea.

c. CONTRATO SOCIAL Y JUSTICIA INTERGENERACIONAL

No existe un único modelo de teoría del contrato social. Sin embargo, a pesar de las innegables diferencias que existen entre ellos, todos tienen en común que asientan la moral sobre una determinada noción de racionalidad. Sin entrar en detalles, afirman que un individuo actúa racionalmente si y solo si trata de maximizar la propia utilidad, la cual –en general– puede entenderse en términos de satisfacción de los propios intereses.¹⁸⁰ En este trabajo se analizarán tres posibilidades diferentes de contractualismo. El primero será un tipo de contractualismo ideal que pretende justificar obligaciones con base en la idea de neutralidad; el segundo, realiza su construcción teórica con fundamento en la noción de ventaja mutua; el tercero –llamado modelo de queja– adopta como criterio relevante el que alguien tenga un reclamo justificado ante la realización de una determinada acción.

1. NEUTRALIDAD

John Rawls, abordó el problema de la justicia intergeneracional a través de un acuerdo en una situación de elección colectiva que él denominó *posición original*¹⁸¹. En ella individuos racionales movidos por consideraciones de auto-interés y “mutuo desinterés” han de optar entre diversos principios de justicia para regular las instituciones básicas de la sociedad, pero han de hacerlo tras un “un velo de la ignorancia” que les oculta toda información particular sobre ellos mismos y su sociedad.¹⁸² La idea es preguntarse cuáles son los principios de justicia que escogerían los individuos en tal posición, capaces de regular las instituciones en las que vivirán, para que cada uno pueda gobernar sus vidas conforme a sus propias decisiones. En su formulación más adecuada al contexto intergeneracional, Rawls supuso que los sujetos situados en la posición original saben que pertenecen todos a la misma

¹⁷⁹ Ídem, p. 206

¹⁸⁰ Pontara Giuliano (1996[1995]) *Ética y Generaciones Futuras*, Barcelona, Ariel, Trad. Isabel Riera, p.66

¹⁸¹ Rawls, John (1995[1971]) *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, trad. María Dolores Gonzales

¹⁸² Gosseries Axel (2012) “La cuestión generacional y la herencia Rawlsiana” en *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio Gioja*, Año VI, N° 8, 2012, pp. 70-90, p. 75

generación, pero ignoran a cuál.¹⁸³ Esto tiene sentido ya que de no ser así, es difícil ver razones para establecer un contrato. Por un lado, no hay posibilidad de beneficiarse de las generaciones futuras remotas en el tiempo; y por el otro no hay nada que pueda hacerse respecto de lo que hicieron las generaciones pasadas. Así, según Rawls, las personas en la posición original escogerían un principio de *ahorro justo*, que justificaría la existencia de obligaciones para con las generaciones futuras. Por tanto, si la sociedad es un sistema de cooperación entre generaciones en el tiempo, el principio de *ahorro justo* –que serviría de fundamento a prohibiciones penales– vendría a asegurar el esquema de cooperación en razón del interés racional de cada individuo. Sin embargo, esta conceptualización no es plausible, porque en la *posición original* –central en la teoría de Rawls– no sería racional elegir un principio como el de *ahorro justo* dado que siempre cabría la posibilidad de pertenecer a la primera generación, la cual sólo puede perder si acepta un principio así: tiene que ahorrar para la generación siguiente, sin haber recibido beneficio alguno de la precedente¹⁸⁴.

A esta objeción debe sumársele otra que apela al ya reseñado *problema de la no-identidad*. Este, implica que las acciones presentes pueden influir no sólo en quiénes serán las personas que vivirán en el futuro, sino también en su cantidad. Por tanto el principio a elegir en la posición original debe dar cuenta también del número de personas que deberá existir. Si esto es así, los representantes de las personas difícilmente podrán responder de manera satisfactoria –sobre la base del autointerés y el mutuo desinterés– qué principios están

¹⁸³ Rawls ha propuesto otras formulaciones para referirse a la justicia intergeneracional. Ha ensayado la posibilidad de incluir a representantes de todas las generaciones en la posición original; como así también ha propuesto apelar a la motivación de las partes de manera que se preocupen por sus sucesores inmediatos. La primera de las formulaciones es insatisfactoria dado que la idea de contrato entre generaciones parece demasiado artificial. La segunda posibilidad parece estar en contradicción con los fundamentos de su propia teoría: si los individuos al momento de elegir los principios de justicia en la posición original son auto-interesados y mutuamente desinteresados, no puede tener lugar un postulado motivacional como la preocupación por el bienestar de los descendientes.

¹⁸⁴ El profesor Rodilla ha cuestionado la plausibilidad de esta objeción afirmando que “*individuos saben que pertenecen a una sociedad que se desarrollará en el tiempo a través de diversas generaciones, pero no pueden saber a qué generación pertenecen. Y, para cumplir con el "deber natural de justicia" (ya acordado), tienen que acordar un principio que regule el proceso de ahorro a lo largo del desenvolvimiento histórico de la sociedad. No se trata de fijar una determinada tasa única de ahorro, sino más bien una secuencia de tasas de ahorro. En estas condiciones, "la posibilidad de pertenecer a la primera generación" es una consideración irrelevante*”. En respuesta a esta objeción debo decir que no creo que sea irrelevante la posibilidad de pertenecer a la primera generación. Esto, porque si se acepta el criterio pesimista de racionalidad propuesto por Rawls, el llamado (no por él) “*Maximin*” –es decir el que plantea que en el caso de que se ignoren las diferentes alternativas, es preferible la que asegure un mínimo mayor– no tiene sentido, al momento de elegir los principios de justicia elegir uno como el de *ahorro justo*. Este principio no les asegura el mínimo mayor, ya que siempre podrían pertenecer a primera generación. De modo que una elección iría en contra de sus propios intereses.

justificados a este respecto, pues la elección que se haga, cualquiera que sea, implica que existirán individuos distintos, y en diferente número, de los que habrían existido si no se hubiese elegido tal principio. Así, la elección de cualquier principio que informe cuál sería la mejor política criminal a seguir en este aspecto da por sentado que, sea cual sea la que se siga, nosotros sin duda seguiríamos existiendo. Este supuesto viola el requisito de *imparcialidad* presente en la construcción rawlsiana. Al decir de Parfit:

A tenor del razonamiento sugerido arriba, sería irracional elegir un principio que produjese A antes que B, puesto que entonces, con seguridad, saldríamos favorecidos. Este razonamiento da por sentado que, sea cual sea el principio que se siga, nosotros sin duda existiremos. Este supuesto viola el requisito de imparcialidad. El principio que elegimos afecta a cuántas personas existen. Si damos por hecho que nosotros sin duda alguna existiremos sea cual sea el principio que elijamos, esto es como dar por hecho, cuando elegimos un principio [en la posición original, detrás del velo de la ignorancia] que perjudicaría a las mujeres, que nosotros seremos sin duda alguna varones.¹⁸⁵

Estas dificultades indican que este tipo de contractualismo no es precisamente el mejor a los fines de justificar obligaciones para con las generaciones futuras.

i. DERECHO PENAL Y NEUTRALIDAD

Es curioso que, no obstante el gran peso que posee la obra de Rawls en la discusión filosófica de casi cualquier tema, sea escasa la referencia directa a ella en el derecho penal. A excepción de su texto “Two Concepts of Rules”¹⁸⁶ –que fue escrito en otro contexto y en otra etapa de su pensamiento– que usualmente se esgrime como una de las mejores defensas al utilitarismo penal, la obra rawlsiana ha pasado casi desapercibida entre los juristas penales¹⁸⁷. Quizás la respuesta esté en las pocas referencias que existen en su *Teoría de la Justicia* al tópico penal. No obstante esta situación, creo que sería de utilidad mostrar alguna idea al respecto.

¹⁸⁵ Parfit, Derek (2004[1984]) *Razones y Personas*, Madrid, Antonio Machado Libros, [Trad. M. Rodríguez González], p.673

¹⁸⁶ Rawls, John (1955) “Two Concepts of Rules” *The Philosophical Review*, Vol 64, N.1 (Jan, 1955), pp. 3-32

¹⁸⁷ Sólo uno pocos de artículos han pretendido rescatar a la teoría rawlsiana en la construcción del derecho penal. La primer contribución surgió en: Scheffler, Samuel (1992) “Responsibility, reactive attitudes, and liberalism in philosophy and politics” *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 21, N. 4, 1992; la segunda contribución tuvo lugar un año después en: Honig, Bonnie (1993) “Rawls on Politics and Punishment” *Political Research Quarterly*, Vol 46, No. 1, (Mar., 1993) pp. 99-125. Con posterioridad a tales artículos tuvo lugar una interesante discusión en la que se destacan escritos como el de: Mills, Eugene (2004) “Scheffler on Rawls, Justice and Desert” *Law and Philosophy* 23, pp. 261-272. En la doctrina penal continental europea sólo he podido encontrar referencias a Rawls en: Kindhäuser, Ürs (2010) “Personalidad, Culpabilidad y Retribución de la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal” en *Derecho y Humanidades*, n° 16, vol I 2010, [Trad. J.P. Mañalich] pp.31-48 y en: Alcácer Guirao, Rafael, (2001) *Los Fines del Derecho Penal: liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*. Bogotá, Externado de Colombia

Uno de los trabajos que ha despertado mayor interés ha sido el de Bonnie Honig, quien argumenta que el delito es una cuestión extra-sistémica al diseño rawlsiano. En sus propias palabras: “En «Una teoría de la justicia» Rawls evidenció una sociedad donde el castigo no fuera necesario.”¹⁸⁸ En ella, conforme a la teoría rawlsiana, los efectos del delito constituyen una carga que podría pensarse que estamos obligados a asumir. Sin embargo esto no es así, dado que para Rawls la propensión a cometer delitos es característica de un carácter perverso de los agentes¹⁸⁹. Para Honig, la vulnerabilidad económica sería un fenómeno endógeno al sistema, mientras que el quebrantamiento de estándares de comportamiento sería exógeno. Por lo tanto, los ciudadanos de una sociedad rawlsiana estarían dispuestos a asumir la carga de individuos incapaces de producir –dado que los arreglos institucionales se encargarían de ellos–, sin embargo no tendrían la misma disposición para con los sujetos que cometan delitos, porque se trata de sujetos que vulneran el acuerdo por tener un “carácter perverso”¹⁹⁰. Esta última afirmación concuerda con la que realiza el propio Rawls, cuando sostiene que “el problema de la justicia penal corresponde, en su mayor parte, a la teoría de la obediencia parcial, mientras que la cuestión de las porciones distributivas corresponde a la teoría de la obediencia estricta, y, por tanto a la consideración del esquema ideal.”¹⁹¹ Estas consideraciones, sumadas a las precedentes, hacen que la teoría rawlsiana no sea una buena candidata para respaldar los objetivos de este trabajo.

2. VENTAJA MUTUA

Si bien el criterio de racionalidad “ventaja mutua” puede encontrarse en casi todas las teorías contractualistas, un subconjunto de ellas realiza casi toda su construcción con fundamento en tal criterio. En el terreno de las teorías penales de ascendencia anglosajona, Matt Matravers intenta fundamentar el sistema penal a través del contractualismo, aunque con matices, basado en el criterio “ventaja mutua”. Afirma que para inquirir los fundamentos filosóficos del derecho penal, es necesario preguntarse qué acuerdos realizarían las personas en una hipotética situación de decisión. Hasta aquí, su construcción es similar a la rawlsiana –analizada en la subsección anterior–, sin embargo se despega de aquella por dos motivos. En

¹⁸⁸ Honig, Bonnie (1993) “Rawls on Politics and Punishment” *Political Research Quarterly*, Vol 46, No. 1, (Mar., 1993) pp. 99-125, p. 110

¹⁸⁹ Rawls, John (1995[1971]) *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, [trad. María Dolores Gonzales], p. 290

¹⁹⁰ Honig, Bonnie (1993) “Rawls on Politics and Punishment” *Political Research Quarterly*, Vol 46, No. 1, (Mar., 1993) pp. 99-125, p. 115

¹⁹¹ Rawls, John (1995[1971]) *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, [trad. María Dolores Gonzales], p 291.

primer lugar porque no le preocupa la imparcialidad, sino cómo justificar restricciones a uno mismo sobre la búsqueda exclusivamente del propio interés. En segundo lugar, sostiene que no sólo debieran escogerse normas morales con el fin de favorecer la mutua cooperación, sino que también debería aprobarse un sistema punitivo. Para él, por lo tanto, el derecho penal no es una cuestión extra-sistémica, sino interior a una idea de justicia. Su posición sólo da importancia al autointerés y no a la imparcialidad. Siendo esto así, el fundamento de las obligaciones para con las generaciones futuras debería buscarse en algún criterio del cual se derive una ventaja para quien debe soportar la prohibición.

David Gauthier, aunque sin compartir la totalidad ni los fundamentos de la propuesta de Matravers,¹⁹² ha sido uno de los teóricos que ha llevado más lejos tal punto de vista.¹⁹³ Este autor afirma que sólo es posible aceptar restricciones morales –que podrían fundamentar una prohibición penal– cuando a través de ellas se consiguen ventajas mutuas.¹⁹⁴ Es decir, cuando el beneficio esperado es mayor que la renuncia. Esta manera de concebir la moralidad *por acuerdo* puede fundamentar la construcción de instituciones públicas sobre la base de principios que sean ventajosos para todos. Así, las restricciones que se imponen por vivir en sociedad son compensadas por el hecho de que cada persona puede tener cierta seguridad de que no será interferida por el resto de las personas en la prosecución del propio plan de vida. La interacción social se convierte en un esquema cooperativo donde los diferentes sujetos, mutuamente desinteresados y auto-interesados, admiten restricciones imparciales apelando a que los beneficios que les reporta la participación en un esquema cooperativo que les permite maximizar su utilidad individual.¹⁹⁵ De este modo pueden justificarse obligaciones morales respecto de los diferentes sujetos con los que se tiene interacción.

Sin embargo, no parece que por esta vía sea posible justificar obligaciones respecto de las generaciones futuras, dado que entre generaciones no son posibles relaciones de reciprocidad y mutualidad. Por su propia naturaleza la relación entre generaciones es unidireccional, de modo que, aunque un individuo pueda hacer mucho por beneficiar o perjudicar a sus descendientes, sólo aquellos cuyas vidas coinciden en el tiempo pueden

¹⁹² Véase: Matravers, Matt (2000) *Justice and Punishment: The rationale of Coercion*, Oxford, Oxford University Press, (especialmente los Caps. 6 y 7 pp. 155-203)

¹⁹³ Gauthier, David (1994[1987]) *La Moral por Acuerdo*, Barcelona, Gedisa, [trad. Alcira Bixio].

¹⁹⁴ Ídem, p. 352.

¹⁹⁵ Ídem, p. 389

beneficiarse o perjudicarse. Siendo imposible la reciprocidad, uno no tendría razones para interesarse por los seres futuros.¹⁹⁶

Estas consideraciones sugieren que desde tal enfoque contractual, la tipificación penal sólo tiene sentido cuando la restricción que impone representa de algún modo una ventaja para quien la sufre. De modo que puede dar fundamento a las prohibiciones penales que regulan relaciones entre sujetos pertenecientes a la misma generación, pues en este caso las mutuas renunciaciones a la libertad –que imponen las tipificaciones penales–, redundan en beneficio de todos. En cambio, en relación con supuestos de responsabilidad intergeneracional no parece posible dar un fundamento contractual a prohibiciones penales, porque la generación presente –sobre la que se imponen tales restricciones– no puede beneficiarse de lo que realicen las generaciones futuras.

Esta objeción no es concluyente y puede responderse de dos maneras. La *primera* modifica el supuesto motivacional del auto-interés y mutuo desinterés, y postula que las personas al menos se preocupan por sus descendientes inmediatos,¹⁹⁷ o que su felicidad depende en parte de la de éstos.¹⁹⁸ De ese modo podrían justificarse ciertas restricciones –que podrían instrumentalizarse a través del derecho penal– para salvaguardar las condiciones de los descendientes inmediatos. Incluso podría extenderse a dos o tres generaciones. Sin embargo, aceptar esta respuesta implica que sólo habría obligaciones con las generaciones futuras más próximas en el tiempo. No obstante, se podría obviar este inconveniente si se admite que cada persona es consciente de que la felicidad (o la preocupación) de sus descendientes se verá afectada por las perspectivas de felicidad de los suyos, y así sucesivamente. Si esto es así, la felicidad de las personas presentes estaría vinculada de generación en generación, con las perspectivas de felicidad de algunos posibles miembros de las generaciones futuras distantes.¹⁹⁹ Esta respuesta no es del todo satisfactoria. No sólo porque se fundamenta en un postulado motivacional discutible, sino que además tiene que hacer frente al hecho de que por regla general la preocupación por las generaciones más distantes (incluso por la preocupación de sus descendientes en torno a la preocupación de los propios) va disminuyendo un progresivamente a medida que se desplaza el horizonte temporal. Además, en la medida en que fundamenta las obligaciones en postulados

¹⁹⁶ Ídem, p. 390

¹⁹⁷ Ídem, p. 390

¹⁹⁸ Kavka, Gregory (1986) *Hobbesian Moral and Political Theory*, New Jersey, Princeton University Press, p. 444.

¹⁹⁹ Ídem, p. 444

motivacionales, esta respuesta encontraría inconvenientes al querer erigirse como fundamento de responsabilidad penal, dado que la relevancia de los motivos en ese ámbito es, por lo menos, discutida.²⁰⁰

La *segunda* respuesta no necesita modificar el criterio de racionalidad referido al muto desinterés y auto-interés. Esta segunda respuesta se apoya, a su vez, en dos premisas. La primera tiene que ver con el hecho de que no existe un punto de corte nítido entre generaciones: las generaciones se colapsan unas con otras dentro de un continuo²⁰¹. Por tanto es imposible limitar las obligaciones morales respecto de las personas que integran a la generación presente.²⁰² Si se admite esto entonces se puede argüir, dentro de un esquema contractual de mutuo beneficio, que existen obligaciones respecto de las generaciones futuras. Sin embargo, esta respuesta sólo legitima obligaciones –y por tanto prohibiciones– respecto de las personas que pertenezcan a las generaciones futuras cercanas en el tiempo. Por consiguiente, sigue en pie la objeción a la posibilidad de fundamentar obligaciones respecto de las generaciones futuras remotas en el tiempo. Para contestar esta objeción es necesario introducir la segunda premisa: entre las diferentes generaciones existe una *asimetría de poder*²⁰³, pues, dado que las relaciones intergeneracionales son unidireccionales, las generaciones presentes tienen mayor poder de modificar la posteridad que las futuras. No hay nada que puedan hacer las generaciones futuras para eliminar aquello que hicieron las pasadas.²⁰⁴ Esta asimetría de poder justificaría la existencia de obligaciones respecto de las generaciones futuras. La explicación puede presentarse como sigue. Imagínese un mundo compuesto sólo por tres generaciones: en la actualidad existe la *generación A*; en un futuro

²⁰⁰ Véase: Peralta, José (2012), *Motivos reprochables: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el derecho penal liberal*, Madrid, Marcial Pons.

²⁰¹ En un contexto teórico diferente afirmaba Hume: “*Si las generaciones humanas desaparecieran a la vez para ser sucedidas por otras, como ocurre con los gusanos de seda y las mariposas, la nueva raza, si tuviera suficiente sentido para elegir su gobierno, lo que no pasa entre los hombres, podría voluntariamente, y por general consenso, establecer su propia forma política sin consideración alguna por las leyes o el precedente de sus antepasados. Pero como la sociedad humana se halla en perpetuo fluir, y a cada instante desaparecen hombres del mundo y otros llegan a él, es preciso, a fin de conservar la estabilidad del gobierno, que los jóvenes se conformen con la constitución vigente y sigan los pasos de sus padres*” Hume, David (1975) “Sobre el contrato original” en *Ensayos Políticos*, Madrid, Unión [Trad. C.Armando Gómez], p. 129). Agradezco a M.A. Rodilla por la sugerencia de incorporar esta cita.

²⁰² Barry, Brian (1991) “Justice Between Generations” en: él mismo: *Liberty and Justice: Essays in Political Theory 2*, Oxford, Oxford University Press, pp. 242-258, p. 245

²⁰³ Ídem p. 247

²⁰⁴ Esta premisa puede ser cuestionable ya que también es unidireccional la acumulación de conocimientos científicos y de tecnologías. Si esto es así, uno podría afirmar que las generaciones futuras tendrían más poder que las presentes. Las consecuencias a las que lleva aceptar esta objeción serán discutidas más adelante. Ahora se asumirá que la premisa es verdadera.

próximo nacerán los miembros de la *generación B*, y en un futuro remoto vivirá la *generación C*. Conforme a lo explicado, sólo es posible identificar obligaciones de la *generación A* respecto de la *B*, y obligaciones de la *generación B* respecto de la *C*. Asimismo, puesto que *A* no puede beneficiarse de *C*, en un esquema basado en la reciprocidad, a primera vista, la *generación A* no tiene obligaciones respecto de *C*. Sin embargo, como existe asimetría de poder, si la *generación A* no actúa tratando de proteger los intereses de la *generación C*, ello redundará en una mayor carga para la *generación B*, que tiene obligaciones respecto de la *generación C*. No considerar que la *generación A* tenga obligaciones para con la *generación C*, supone imponer una carga mayor e injustificada para la *generación B* respecto de la cual la *generación A* tiene obligaciones. Si se afirma que la *generación A* no tiene obligaciones respecto de la *generación C*, las condiciones de la *generación B* serán peores, porque tiene que hacer un mayor esfuerzo para que no sean peores las condiciones de la *generación C*. Así, la única manera de cumplir con las obligaciones que la *generación A* tiene respecto de la *generación B* es que actúe pensando en que tiene obligaciones hacia las *generaciones* más remotas.

A esta respuesta puede formularse otra objeción. Aun aceptando ese esquema de obligaciones, habría que explicar por qué éstas se transmiten de una generación a otra: si el hecho de que *A* no cumpla con su deber de no menoscabar recursos de tal modo que la *generación C* se vea perjudicada, suma a la primera obligación de *B* con *C* una obligación extra o convierte a la primigenia obligación en una de mayor peso.²⁰⁵ Uno podría decir que la obligación de *B* para con *C* es siempre la misma. Si *A* no ha cumplido con *C*, pero sí con *B*, dado que *B* no ha sido perjudicada, *B* no tiene la obligación de responder ante *C* por el incumplimiento de *A*. Imaginemos que la *generación A* tiene una obligación de 1 unidad con la *generación B*; y *B* tiene una obligación de 1 unidad con la *generación C*. Uno podría decir que siempre que *B* cumpla la obligación de 1 unidad con *C*, nadie tendría razones para quejarse: *B* no puede quejarse de *A*, que cumplió con su obligación; por la misma razón *C* tampoco puede quejarse de *B*; finalmente, si las actuaciones de la *generación A* perjudicaron a *C*, esta última tampoco puede quejarse, porque entre *A* y *C* no hay relación de reciprocidad.

Esta objeción es errónea porque el presupuesto por el cual la reciprocidad tiene sentido al fundamentar obligaciones es que los individuos son auto-interesados. Es decir, que sólo cumplen con sus obligaciones cuando el esquema que las exige les es beneficioso. Si esto es

²⁰⁵ Debo esta objeción a Romina Frontalini Rekers

así, para que tenga sentido que B cumpla con su obligación para con la generación C, B tendría que beneficiarse de tal sistema. Como A no actuó pensando en no menoscabar las condiciones de C, la obligación que tiene B respecto de C es más pesada. La generación A, por no considerar que tiene obligaciones respecto de C, ha incumplido con la obligación que tiene respecto de la generación B, puesto que ha aumentado el peso de la obligación que debe cumplir respecto de C para que el esquema en el que se fundamente la sea beneficioso.

El argumento completo puede resumirse del siguiente modo. Respecto de las generaciones futuras próximas en el tiempo sí es posible predicar reciprocidad, por lo que se puede justificar la existencia de obligaciones hacia ellas. Asimismo, como existe asimetría de poder entre las generaciones que viven primero en el tiempo y las sucesivas, si la generación presente no actúa pensando en los intereses de las generaciones futuras remotas impondrá una carga mayor a las generaciones futuras próximas –respecto de las cuales sí se tienen obligaciones con fundamento en la reciprocidad–. Esto es así porque la asimetría de poder hace que la generación subsiguiente tenga menores posibilidades que la generación actual de realizar acciones que no vayan en contra de los intereses de las generaciones futuras.²⁰⁶ Respecto de la generación futura próxima a la presente, se pueden predicar las mismas consideraciones. Lo mismo respecto de la generación futura próxima a la próxima, y así sucesivamente²⁰⁷.

1. DERECHO PENAL Y VENTAJA MUTUA

En este punto sería importante analizar cómo podría operar en el terreno penal este esquema fundamentado en la ventaja mutua. Para ello se proponen los siguientes casos:

- Caso I:** El sujeto B coloca una bomba en un hospital maternal para que explote dentro de tres meses. La bomba explota y como consecuencia mueren muchos recién nacidos.
- Caso II:** El sujeto B coloca una bomba en un hospital maternal para que explote dentro de diez meses. La bomba explota y como consecuencia mueren muchos recién nacidos, algunos de los cuales ni siquiera habían sido concebidos en el momento en que se colocó la bomba.
- Caso III:** El sujeto B coloca una bomba en un hospital maternal para que explote dentro de 50 años. La bomba tiene un mecanismo que hace que cuando el autor la deposita en el lugar donde debe explotar, comienza un conteo regresivo hasta que estalla. El sujeto que coloca la bomba fallece años después de colocarla, pero antes de que la bomba

²⁰⁶ Barry, Brian (1991) “Justice Between Generations” en: él mismo: *Liberty and Justice: Essays in Political Theory 2*, Oxford, Oxford University Press, pp. 242-258, p 251

²⁰⁷ Este razonamiento adquiere mayor fuerza si se recuerda que no es posible establecer un punto de corte entre generaciones.

estalle. Efectivamente la bomba explota un año después de la muerte del sujeto que la colocó, de modo que muchas de las personas que fallecen en el centro de salud, no sólo no habían sido siquiera concebidas cuando el sujeto puso la bomba, sino que tampoco compartieron con él ningún momento de vida.

Caso IV: El sujeto B coloca una bomba en un hospital maternal para que explote dentro de 150 años. La bomba tiene un mecanismo que hace que cuando el autor la deposita en el lugar que debe explotar, comienza un conteo regresivo hasta que estalla. El sujeto que coloca la bomba, como es lógico, fallece años después de colocarla, pero antes de que la bomba estalle. Efectivamente la bomba explota unos 150 años después de la colocación de la bomba, de modo que todas de las personas que fallecen en el centro de salud, no sólo no habían sido siquiera concebidas cuando el sujeto puso la bomba, sino que tampoco compartieron –ni era presumible que compartieran– con él ningún momento de vida.

En los cuatro casos, el sujeto B realiza la misma acción, esto es: colocar una bomba con el fin de que mueran niños recién nacidos en un hospital maternal. En los cuatro, además, la consecuencia es la misma: mueren niños recién nacidos en un hospital maternal como resultado de la explosión de la bomba colocada por el agente B. Con el objetivo de proteger a la vida de las personas, se puede prohibir la acción de colocar bombas con el fin de matar a otro. Sin embargo, el mero interés de proteger la vida de las personas para que no sean afectadas por la acción de un sujeto que arbitrariamente pretende quitársela, tal como ocurre en los cuatro casos, ¿es suficiente para que el tipo penal que prohíbe esas conductas se encuentre justificado?

En el Caso I no existen objeciones a tal pretensión. Ya se ha establecido que, tanto si se invoca al principio del daño o si se utiliza el concepto de bien jurídico como fundamento de justificación moral de prohibiciones penales, toda intervención penal que no tienda a proteger un *recurso* necesario para que las personas gobiernen sus vidas conforme a sus propias decisiones devendrá moralmente injustificada. En el caso I, dado que la acción del sujeto que coloca la bomba priva a las personas que mueren en la explosión de toda posibilidad de dirigir su vida conforme a sus propias decisiones, puede ser erigido como paradigma de lo expuesto. Además, como todos los sujetos involucrados en el asunto pertenecen a la misma generación, no es necesario realizar consideraciones adicionales a los fines de justificar la existencia de una prohibición penal destinada a protegerla. Es cierto que los recién nacidos, dada su debilidad, no puede establecer ninguna relación de cooperación con el sujeto B. Sin embargo esta circunstancia, a diferencia de lo que ocurre con las generaciones futuras, es meramente transitoria. Asimismo, si así no fuera se podría argumentar que los Estados deben tratar a todas los sujetos que existen en un determinado territorio y determinado momento como si fueran personas con las mismas exigencias morales.

El caso II se parece al caso I en que lo que la acción del sujeto B está dirigida a producir –y efectivamente produce– tiene las mismas consecuencias. Sin embargo, en este caso (II) el problema de las generaciones futuras se hace presente desde el momento en que mueren niños que ni siquiera habían sido concebidos cuando se coloca la bomba. La intuición indica que el hecho de que los niños no hayan sido siquiera concebidos cuando se puso el explosivo es irrelevante a los fines de justificar una prohibición penal y, como consecuencia de ello, para atribuir responsabilidad al autor del hecho. No obstante, ¿en qué hechos puede justificarse tal intuición? En primer lugar, en el caso II, al igual que en el I, la acción del sujeto que coloca la bomba impide que los niños desarrollen su vida conforme a sus propias decisiones, en realidad impide que sigan viviendo. Segundo, el problema de la no existencia de los niños cuando se coloca la bomba no plantea objeción, dado que era previsible identificar que, cuando la bomba estallara, habría niños en el hospital maternal que fallecerían. Tercero, en contra de la justificación de tal tipificación tampoco puede esgrimirse la objeción de la *miopía temporal*. Esto dado que, si esa objeción tuviera efecto, la consecuencia impondría el deber de no hacer nada que haga que las personas futuras tengan menos posibilidades de dirigir sus vidas conforme a sus propias decisiones. En el caso en cuestión, la acción del sujeto B las priva arbitrariamente de poder vivir y, por consiguiente, de dirigir sus vidas conforme a sus propias decisiones. La objeción de la falta de reciprocidad no puede ser planteada en este supuesto, pues, dado que el agresor y la víctima conviven en el mismo espacio temporal, el supuesto debe tratarse como si fuera idéntico a lo que sucede cuando las acciones tienen lugar entre miembros de una misma generación.

Respecto del caso III pueden hacerse las mismas observaciones que al precedente en lo referente a la justificación de acciones que afectan a terceros y respecto de las objeciones de inexistencia y miopía temporal en relación a los intereses de las generaciones futuras. Sin embargo, este caso presenta un dato que lo diferencia del anterior: el autor de los crímenes y las víctimas no comparten ni un segundo de vida, ya que cuando los niños nacen, el autor del delito ya está muerto. Es obvio que en este caso el sujeto B no podrá ser perseguido penalmente, puesto que falleció. Pero subsiste la cuestión de si estaría justificada una prohibición destinada a proteger la vida de las generaciones futuras. La respuesta es importante porque si se afirma que no, no habría sido posible responsabilizar a B por tentativa de homicidio, en el caso de que se hubiese encontrado la bomba antes de que explotara y antes de su muerte. En este caso, el sujeto B podría alegar que la tipificación penal no puede tener por finalidad proteger a las generaciones futuras, desde que no existe ninguna obligación

con ellas. Sin embargo en el caso en cuestión, incluso si se aceptara la inexistencia de obligaciones para con sujetos con los que no se compartirá ni un segundo de vida, tal respuesta no sería satisfactoria, porque que no era previsible que el sujeto B muriera antes de que hubieran nacido los niños que fallecen en la explosión. Por lo que en este caso, aunque realmente no se produzcan relaciones de reciprocidad, son de aplicación las mismas afirmaciones que en el caso II, porque tales relaciones *podrían* haberse producido y en realidad era previsible que se produjeran.

Ahora bien, la excusa del sujeto B podría tener relevancia en el caso IV. En este último supuesto, dado que presumiblemente ningún ser humano puede vivir más de 150 años, era previsible que el autor y las víctimas no compartieran un segundo de vida. Era imposible que entre ellos pudieran darse relaciones de reciprocidad. Sin embargo, sólo se puede aceptar tal excusa si es que no existen obligaciones para con las generaciones futuras remotas en el tiempo. Circunstancia que, como se ha visto, puede ser desechada. Supongamos que en el lapso dentro del cual transcurre el caso IV sólo viven tres generaciones. El sujeto que coloca la bomba corresponde a la *primera* generación. Los niños que fallecen 150 años después son parte de la *tercera* generación. Y las personas que nacen después de que el sujeto coloca la bomba, e incluso aquellas que conviven con la *tercera* generación, pero que nacieron antes de que el artefacto explote son parte de la *segunda* generación. Hemos dicho que, en un esquema institucional que no restrinja injustificadamente la libertad de dirigir la vida conforme a las propias decisiones de nadie, la *primera* generación tiene obligaciones con la *segunda*. Por las mismas razones, la *segunda* generación las tiene respecto de la *tercera*. A primera vista, sin embargo, la *primera* generación no tiene ningún deber de impedir que alguien perteneciente a su propia generación intente quitar la vida a miembros de la *tercera* generación.

Sin embargo, como se ha visto, esto es un error. En primer lugar, si la *primera* generación tiene el deber de no empeorar las condiciones de vida de la *segunda* generación, la *segunda* tiene el mismo deber respecto de la *tercera*. Segundo, si la *primera* generación no prohíbe que los sujetos pertenecientes a su generación coloquen bombas con el objetivo de matar a miembros de la *tercera* generación, incumple su obligación respecto de los miembros de la *segunda* generación, pues para estos será más difícil cumplir con su obligación respecto de la *tercera* generación. Esto es así, porque la inexistencia de una prohibición durante la vida de los miembros de la *primera* generación, produce dos efectos que sobrecargan de manera injustificada a los miembros de la *segunda*. En primer lugar, impide que si se descubre la bomba y quien la colocó, los miembros de la *segunda* generación puedan responsabilizar al

sujeto B. Segundo y más importante, la ausencia de prohibición durante la vida de la *primera* generación implicaría que existen más posibilidades de que se desarrolle un mayor número de acciones que produzcan un menoscabo en las condiciones de vida de la *tercera* generación; con lo que la carga de la *segunda* generación respecto de la *tercera*, en un esquema basado en mutuas ventajas, sería mayor.

Ante esta explicación se imponen dos precisiones. La primera se refiere a que de la existencia de obligaciones para con las generaciones futuras remotas no se deriva, al menos *prima facie*, la obligación de imponer tipificaciones penales destinadas a protegerlas. Cada generación sólo tiene el deber de no menoscabar las condiciones de vida –o la vida– de las generaciones futuras. De tal modo que no sea más costosa la posibilidad de que los sujetos pertenecientes a ellas, gobiernen sus vidas conforme a sus propias decisiones. Sin embargo es posible sostener que, si tales prohibiciones existiesen estarían justificadas siempre, por supuesto, que cumplan con los requisitos que imponen el principio del daño o el concepto de bien jurídico.

Segundo, ante los cuatro casos expuestos, se podría decir que, si la acción es la misma y la prohibición está justificada en el primer caso, también lo estaría en los demás. Sin embargo, ante esta objeción podrían darse dos respuestas. Primero, uno podría decir que es cierto que para que exista una prohibición penal justificada, destinada a impedir que alguien coloque bombas para que niños recién nacidos mueran, no es necesario hacer consideraciones respecto de las generaciones futuras. Sin embargo, si se acepta tal afirmación, si un sujeto colocase una bomba con el fin de quitar la vida a miembros de una generación futura remota, no podría responsabilizarsele. Esto, porque si no existen obligaciones para con las generaciones futuras tampoco sería posible reprochar a alguien el hecho de dañarlas. Pero aún más, no sólo podría afirmarse que la acción del sujeto no es reprochable, sino que además es atípica penalmente, dado que al derecho penal no le interesaría proteger a las generaciones futuras. En resumen, si no existiesen obligaciones para con las generaciones futuras, tampoco las tipificaciones penales –destinadas a proteger la vida de las personas– tienen la finalidad de salvaguardar la vida de los sujetos pertenecientes a ellas. De modo que no es plausible el argumento que afirma que para proteger a las generaciones futuras a través de una prohibición penal, no se requiere hacer consideraciones respecto de ellas.

2. INCONVENIENTES DEL MODELO

De acuerdo con defensa recién presentada, parece que el contractualismo fundado en la ventaja mutua puede hacer frente a los problemas que se derivan de la responsabilidad – penal– intergeneracional. Sin embargo, esto es incorrecto. El mismo hecho que fundamenta la existencia de obligaciones de las generaciones presentes a las futuras crea un inconveniente. Cuando presentamos el modelo de la “ventaja mutua”, hemos dicho que las obligaciones de las generaciones presentes para con las futuras se fundamentan en el presupuesto de la *asimetría de poder* entre generaciones. En toda la explicación precedente se lo asumió como correcto. Ahora, se cuestionará tal supuesto dado que produce un efecto paradójico. Si es verdad que las consecuencias de las acciones de las generaciones más antiguas pueden modificar con mayor plausibilidad las condiciones en las que las generaciones futuras pueden vivir, de ello se deriva que al menos deben intentar no menoscabar las condiciones del planeta de modo que la autonomía de las generaciones futuras no se vea alterada. Pero si las generaciones precedentes cumplen con esa obligación, ya no es posible sostener que ellas hayan tenido más poder que el que de hecho tendrán las futuras. Es más plausible pensar que, si las condiciones del planeta son las mismas, y entre generaciones se produce un efecto acumulativo de las consecuencias –positivas y negativas– de los actos, las generaciones posteriores tendrán más poder que las anteriores. La asimetría de poder se daría en el sentido inverso al que inicialmente se había pensado. Aún más, en la medida en que cada generación cumpla con sus obligaciones respecto del futuro, la generación subsiguiente se vería en mayor medida beneficiada. En ese caso el esquema ya no presentaría ventajas para las generaciones anteriores, pues conforme al modelo, el sacrificio que deben realizar debería fundamentarse en un supuesto que no puede justificarse. El criterio contractual de la ventaja mutua, por tanto no puede fundamentar obligaciones para con las generaciones futuras –y mucho menos prohibiciones penales destinadas a protegerlas.

Pero esto no es todo. Si se suma a lo expuesto el problema de la no-identidad, entonces se volatiliza la plausibilidad que pudiera quedarle. El problema de la no-identidad implicaba que los actos presentes influyen en la identidad de los seres futuros, esto es, en quiénes serán las personas que vivirán más adelante. El modelo de la ventaja mutua no puede dar respuesta a la cuestión siguiente. Una persona futura que tiene una vida que vale la pena ser vivida, aún llena de sufrimientos o sin los recursos naturales suficientes para gobernar su vida conforme a sus propias decisiones, no podría reprocharle a ningún integrante de la generación actual que con sus acciones haya ocasionado tal estado de cosas. Esto dado que por mucho que pueda

lamentarse, el esquema le ha sido ventajoso. Si esto es así, da igual lo que hagan las generaciones presentes dado que nunca pueden (ni normativa ni empíricamente) incumplir sus deberes para con las generaciones futuras. Todo lo que hagan, indefectiblemente, beneficiará a las personas que las integren y nada podrá ocasionar que estén peor, dado que si hubieran actuado de una manera diferente a la que lo hicieron, las personas que reprocharan algo, no habrían existido. Por tanto, nada puede justificar imponer una restricción de la libertad de las generaciones actuales para salvaguardar las futuras, dado que en un esquema institucional con fundamento en la ventaja mutua no hay nada que los sujetos de hoy puedan hacer que sea peor para las personas concretas que vivirán en el futuro. Como se verá en el capítulo siguiente, si alguna acción se prohíbe penalmente con el fin de proteger a determinados sujetos que vivirán en el futuro, la consecuencia en los casos atravesados por el problema de la no-identidad –que respecto del futuro remoto lo son todos– es que el sujeto que se quería proteger no exista.

iii. MODELO DE QUEJA

T.M. Scanlon ha diseñado un modelo de contractualismo que pretende superar los defectos de las dos versiones anteriores²⁰⁸. Dentro de ese modelo el único motivo relevante que justifica la práctica de buscar acuerdos, es encontrar principios que nadie –que tenga el deseo sincero de ponerse de acuerdo– podría razonablemente rechazar.²⁰⁹ Si el rechazo fuera razonable, entonces un principio que impone determinadas cargas a ciertas personas queda puesto en cuestión, incluso si existen ciertas personas particularmente abnegadas que estuvieran dispuestas a aceptarlo.²¹⁰ De modo que, conforme a esta idea inicial, las obligaciones morales que un sujeto –o los miembros de una generación– tiene hacia otros, son aquellas que podrían justificarse en un principio que nadie pueda razonablemente rechazar. Esto implica que cualquier persona debe erigirse en un punto de vista moralmente relevante.

Es importante captar la diferencia existente entre este modelo contractual y el modelo de Rawls, con el que pareciera emparentado²¹¹. Según Rawls, los representantes de las personas situadas en la posición original elegirán un principio que tienda a beneficiar a aquel

²⁰⁸ La versión completa de este modelo puede verse en: Scanlon, T.M. (1998) *WWO: What We Owe to Each Other*, USA, Harvard University press

²⁰⁹ Scanlon, T.M. (2006[1982]) “Contractualismo y Utilitarismo” en *Estudios Públicos*, cepChile, N°101-2006, pp. 283-314, [trad. Pablo Solari], p. 293

²¹⁰ Ídem, p. 294

²¹¹ Thomas Nagel afirma que detrás de las concepciones de Rawls y de Scanlon se halla la idea moral común “*de que no deberíamos imponer a otros situaciones, instituciones o exigencias que ellos puedan razonablemente rechazar.*” (Nagel, Thomas (1990[1987]) “Conflicto Moral y Legitimidad Política” en Betegón J. y Páramo J. *Derecho y Moral: ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel [Trad. J. L. Colomer], pp.87-105, p. 92).

que por azar se encuentra en el peor lugar, dado que tras el velo de la ignorancia –que les oculta toda la información sobre la situación sobre la posición que ocupan en el mundo real– sería racional operar con la hipótesis de que pueden ocupar la posición menos favorecida. En otros términos, puesto que los individuos son auto-interesados y mutuamente desinteresados, sería racional que elijan un principio como *el de la diferencia*, dado que éste implica que se beneficie en mayor medida a quien se encuentre en la peor situación, lugar que le puede tocar a cualquiera. En cambio, en la construcción scanloniana no existe velo de la ignorancia: las personas disponen de toda la información relevante sobre quiénes son y cuál es la posición que ocupa cada uno de ellos y los demás en el mundo real. Ellos han de elegir principios que no puedan ser rechazados desde ninguna de las posiciones. Incluso desde la más ventajosa, principios, en suma, que permitan dar una justificación razonable sobre la corrección o incorrección de un acto a cada una de las personas que se encuentren en las distintas posiciones. Según Scanlon proceder de este modo implica reconocer la capacidad de los seres humanos, como criaturas racionales, de evaluar razones y gobernar sus vidas de acuerdo a sus consideraciones.²¹² Además permite interpretar mejor la imparcialidad que debe regir el diseño de las instituciones que gobiernan la vida de los sujetos. Así, si un sujeto X cree que un determinado principio P no podría ser rechazado razonablemente como base para un acuerdo general, informado y no-forzado, entonces, el sujeto X tiene que creer que aceptarlo, no sólo sería razonable para él, sino también para otros, mientras todos estén buscando una base general para el acuerdo. Consecuentemente, tiene que creer que poseería una razón para aceptar P sin importar la posición social que haya de ocupar.²¹³

La tesis de Scanlon, por tanto, es esencialmente interpersonal. Argumenta que los principios que nadie puede razonablemente rechazar serían aquellos que cada uno podría consentir sin importar la posición que ocupe (o en cualquier posición que ocupe).²¹⁴ La diferencia con la tesis rawlsiana es clara. Para Rawls un individuo acepta un principio porque se supone que es aceptable para una persona en cualquier posición social porque sería la elección racional para una persona individual que protege sus intereses bajo el velo de la ignorancia²¹⁵. Para Scanlon, en cambio, se supone que un individuo debe aceptar un principio cuando tenga razones para pensar que no podría rechazarlo razonablemente cualquiera sea la

²¹² Scanlon, T.M. (1998) *WWO: What We Owe to Each Other*, USA, Harvard University press

²¹³ Scanlon, T.M. (2006[1982]) “Contractualismo y Utilitarismo” en *Estudios Públicos*, cepChile, N°101-2006, pp. 283-314, [trad. Pablo Solari], p. 305

²¹⁴ Ídem, p. 300

²¹⁵ Dado que siempre es posible estar en la peor situación.

posición que termine ocupando.²¹⁶ Por lo tanto, dado que todas las personas tienen el interés de gobernar su vida conforme a sus propias decisiones, nunca podría rechazar razonablemente un principio que permita que cumplan tal aspiración.

Scanlon no deja de problematizar el alcance de su tesis en una dirección que interesa al contexto de nuestro trabajo. Se pregunta si *lo que nos debemos los unos a los otros*, incluye entre sus destinatarios sólo a todos los seres que existen en el presente o también a todos aquellos que serán reales, incluyendo seres pasados, presentes y futuros.²¹⁷ Su respuesta es que parece imposible prescindir de la justificabilidad hacia todos los seres posibles, y que una restricción a seres presentes parece demasiado estrecha. Todos los seres humanos reales, tanto si existen ahora como si lo hacen en algún tiempo pasado o futuro, constituyen un punto de vista respecto del cual la pregunta sobre la justificabilidad adquiere sentido. Por lo tanto, tenemos razones para valorar la justificabilidad de nuestras acciones hacia esas personas.²¹⁸ Así, dentro del modelo de Scanlon es posible concluir que, dado que el contractualismo no provee ninguna razón para afirmar que las personas que no existen ahora pero que existirán en el futuro no tienen pretensiones morales frente a los seres presentes²¹⁹, las generaciones presentes tienen obligaciones para con ellas.

1. MODELO DE QUEJA Y DERECHO PENAL

El modelo propuesto por Scanlon, por tanto, puede dar cuenta de las obligaciones existentes de las generaciones presentes para con las futuras. Queda por ver si esas obligaciones proveen de razones para protegerlas a través del derecho penal. La respuesta será afirmativa, si el uso de la vía penal con tal finalidad es aceptado por algún principio que nadie pueda razonablemente rechazar, independientemente de la generación a la que pertenezca. Como en el modelo de Scanlon los puntos de vista de cada sujeto –sin importar si son presentes o futuros– deben contar como uno al que se debe una justificación, la respuesta será la misma que la que surja de la pregunta referida sólo a los miembros de la generación presente.

²¹⁶ Scanlon, T.M. (2006[1982]) “Contractualismo y Utilitarismo” en *Estudios Públicos*, cepChile, N°101-2006, pp. 283-314, [trad. Pablo Solari], p. 308

²¹⁷ Scanlon, T.M. (1998) *WWO: What We Owe to Each Other*, USA, Harvard University press, p. 179

²¹⁸ Ídem, p. 186

²¹⁹ Ídem, p. 187

El modelo penal scanloniano debe responder a la pregunta referida a qué pueden los ciudadanos razonablemente demandar a un sistema de justicia penal.²²⁰ Su respuesta –que evita caer en posiciones retribucionistas y utilitaristas– es que se debe apelar al valor que las personas razonablemente le dan a ciertas formas de control sobre lo que pasa con ellas. Si todos tienen razones para valorar esas formas de control, ese factor debe ser tenido en cuenta en la evaluación de las instituciones legales.²²¹ Ahora bien, si esto es correcto, en primer lugar, cualquier legislación penal debe defender un bien²²² cuando la víctima tenga derecho a verlo defendido y el autor no pueda oponerse a ser excluido de tal uso (de lo contrario, esa ley sería una privación inaceptable de la libertad). En segundo lugar, el hecho de que las acciones de cierto tipo sean, en tal sentido, intromisiones injustificables en (los bienes de) las víctimas es una condición necesaria para que esas acciones puedan ser justificadamente objeto (de censura) de una ley penal.²²³ Dado que las acciones presentes pueden afectar la autonomía de las personas que vivirán en el futuro, y que cada una de ellas constituye un punto de vista al que se le debe una justificación, el modelo scanloniano puede aportar razones que permitan justificar prohibiciones penales destinadas a proteger a las generaciones futuras. Pues todos los seres, presentes o futuros, constituyen un ente que puede presentar una queja si una acción es realizada contrariando lo que prescribe un principio que nadie puede razonablemente rechazar: los seres futuros son parte de los destinatarios de *aquello que nos debemos los unos a los otros*.

Además, si se conecta la doctrina de Scanlon con lo desarrollado en los capítulos previos, las prohibiciones penales destinadas a proteger a las generaciones futuras estarán justificadas cuando tiendan a proteger algún *recurso* necesario para que los seres futuros puedan gobernar sus vidas conforme a sus propias decisiones. Pues, si la autonomía es –en términos scanlonianos– un principio que nadie puede razonablemente rechazar, las posibles

²²⁰ Scanlon, T.M. (2004) “Punishment and the rule of law” en: él mismo, *The Difficulty of Tolerance: essays in Political Philosophy*, New York, Cambridge University Press, pp. 219-233, p.225

²²¹ Ídem, p. 227

²²² De acuerdo a la construcción que se ha elaborado en el capítulo III, podría hablarse de *recurso*

²²³ Scanlon, T.M. (2004) “Punishment and the rule of law” en: él mismo, *The Difficulty of Tolerance: essays in Political Philosophy*, New York, Cambridge University Press, pp. 219-233, , p. 231. Afirma Scanlon: “*El hecho de que una acción sea una intromisión injustificable es una condición necesaria para condenar a quien la realiza, y usualmente también una condición suficiente para hacerlo. Pero no es (desde un punto de vista no retributivo) una condición suficiente para privar al agente de su libertad o infligirle otra forma de tratamiento duro con él. Para ello, se debe apelar a la utilidad de la disuasión en el sentido que provee la clase de protección que se necesita*”. (Scanlon, T.M. (2004) “Punishment and the rule of law” en: él mismo, *The Difficulty of Tolerance: essays in Political Philosophy*, New York, Cambridge University Press, pp. 219-233, p.p. 231)

víctimas tienen derecho a que sea defendido, y los posibles autores de los delitos no pueden oponerse a que sea así. El castigo, asimismo, que tiene como consecuencia la comisión de un delito, no puede rechazarse como injustificado. En palabras del propio Scanlon: “*Una persona que a sabiendas e intencionalmente viola una ley justificada, depone su derecho de no sufrir el castigo prescrito: es decir que, tal persona no puede presentar legítimamente ninguna queja en contra de que esta pena sea infligida*”.²²⁴

2. INCONVENIENTES DEL MODELO

El modelo propuesto por Scanlon, por tanto, puede dar una respuesta satisfactoria a la pregunta referida a la existencia de obligaciones para con las generaciones futuras. También puede explicar por qué existen razones para que existan tipificaciones penales destinadas a protegerlas. Sin embargo, dado que el modelo tiene en cuenta sólo *aquello que nos debemos los unos a los otros*, tropieza con dificultades al toparse con el problema de la no-identidad. Dado que en este caso, las acciones presentes –cuando influyen en la identidad de quienes vivirán en el futuro– no pueden empeorar la situación de los seres futuros. Desde el punto de vista de estos últimos, da igual lo que se haga en el presente.

La posición de Scanlon se concentra en la fórmula que sostiene que la corrección o incorrección de los actos debe juzgarse sobre la base de un principio que nadie pueda razonablemente rechazar. Esto implica que para juzgar la rechazabilidad de un principio debe tomarse en cuenta como un punto de vista relevante el propio cada una de las personas concretas que existan o alguna vez existan. Si esto es así, cada uno de los posibles seres futuros nunca podría razonablemente rechazar cualquier principio que permita a las personas presentes comportarse de cualquier manera. Porque si alguno de los miembros de la generación futura rechazara razonablemente algún principio que permita a la generación presente actuar del modo como efectivamente actúa, y ese rechazo tuviera éxito, esa persona no llegaría a la existencia. En tal caso, dado que no existiría, su punto de vista, ya no es uno relevante a los fines de justificar nuestros actos. Por tanto, por más que la generación presente tenga obligaciones para con las futuras, en los supuestos atravesados por el problema de la no-identidad, da igual lo que hagan los miembros del presente, pues sea cual sea la acción que realicen nunca podría ser rechazada invocando un principio que cualquier ser humano que alguna vez exista, pueda razonablemente rechazar.

²²⁴ Scanlon, T.M. (1998) *WWO: What We Owe to Each Other*, USA, Harvard University press, p. 265

Para que la fórmula de Scanlon esté en condiciones de resolver el problema de la no-identidad, debe abandonar una restricción que está implícita en ella. Scanlon afirma que cuando uno se pregunta por aquellos principios que nadie podría razonablemente rechazar no puede apelarse a las consecuencias impersonales de los actos. Siguiendo a Derek Parfit, se llamará a tal restricción *impersonal*.

- (1) *Restricción Impersonal*: en el rechazo de cualquier principio moral, no es posible apelar a afirmaciones acerca de la bondad o maldad impersonal de las consecuencias.²²⁵

Esta restricción implica dos cosas. La primera es que sólo pueden esgrimirse razones personales a los fines de rechazar razonablemente cualquier principio. Es decir que al realizar esta tarea sólo es posible apelar a las implicaciones que tal principio tendría para nuestra vida o para la de otra persona singular,²²⁶ porque la corrección o incorrección de las acciones tiene que ver sólo con aquello que *nos debemos los unos a los otros*. Si esa afirmación tiene sentido, –afirma el propio Scanlon– las razones para rechazar un principio corresponden a formas concretas de preocupación acerca de lo que se le debe a otros individuos. Por definición, las razones impersonales no representan modalidades de tal preocupación.²²⁷ La segunda implicación es que la fórmula de Scanlon no permite apelar a las consecuencias de los actos a los fines de justificar la rechazabilidad de un principio. Afirma el autor: “*Las razones para rechazar un principio no tienen que estar basadas en las consecuencias de las acciones que dicho principio permite, ni en las consecuencias que tales acciones producen si se realizan generalmente.*”²²⁸ Scanlon pretende mantener esta implicación de su restricción impersonal dado que garantiza que las personas no puedan ser utilizadas como medios para fines mayores.

Ahora bien, en lo que aquí interesa, las implicaciones de su *restricción impersonal* impiden que, sobre la base de su teoría, pueda resolverse el problema de la no-identidad, y por tanto permita afirmar que existen razones que pueden justificar prohibiciones penales

²²⁵ Parfit, Derek (2011) *On What Matter*, T.II, Oxford, Oxford University Press, p. 214. En palabras de Scanlon: “*Las razones impersonales no pueden, en sí mismas, proveer una base para rechazar razonablemente un principio*” (Scanlon, T.M. (1998) *WWO: What We Owe to Each Other*, USA, Harvard University press, p. 220)

²²⁶ Parfit ha llamado a esta afirmación *restricción individualista* (Parfit, Derek (2003), “Justificability to Each Person” en *Ratio(New Series)*, Oxford, Blackwell Publishing, XVI, 4 DECEMBER 2003, pp. 368-390, p. 372)

²²⁷ Scanlon, T.M. (1998) *WWO: What We Owe to Each Other*, USA, Harvard University press, pp. 219-220

²²⁸ Ídem, p. 218. Esta implicación lleva a autores tales como Philip Pettit a rechazar la propuesta scanloniana. Véase Pettit, Philip (2002) “Dos interpretaciones del contractualismo de Scanlon” en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Vol. 4, N° 1 (Noviembre de 2002), Univ. Torcuato di Tella, [Trad. Josefina Bercetche], p. 19.

destinadas a proteger a las generaciones futuras –al menos en los casos atravesados por en *problema de la no-identidad*. Pues, en relación con este último problema, no cabe apelar a las pretensiones que puedan presentar las personas afectadas, dado que ellas no pueden rechazar razonablemente el principio que posibilitó las acciones que tuvieron consecuencias sobre ellas. No pueden rechazarlo porque si no se hubieran producido esas acciones, ellas no existirían. La solución al problema de la no-identidad tiene que apelar a las consecuencias de los actos, dado que sólo el mantenimiento o existencia de un determinado estado de cosas puede proveer razones que permitan restringir las acciones de las generaciones presentes. La fórmula de Scanlon no permite hacer estas afirmaciones. En el próximo epígrafe –siguiendo el análisis de Derek Parfit– se explicará por qué la fórmula de Scanlon debería hacerse impersonal y consecuencialista. De ese modo, quedarán sentadas las bases para resolver el problema de la no-identidad e identificar cuáles son las razones que pueden justificar una prohibición penal destinada a proteger a las generaciones futuras sin entrar en contradicción con los principios republicanos antes defendidos.

3. IMPERSONALIDAD Y CONSECUENCIALISMO

Todas las teorías morales contienen al menos dos elementos diferentes. En primer lugar una noción de lo que es bueno. Y en segundo término una teoría de lo correcto. El primer elemento se refiere a una noción sobre aquellas propiedades que deseamos que se den en el mundo. El segundo elemento, por su parte, se refiere a qué deberían hacer los individuos o instituciones para responder a las propiedades valiosas.²²⁹ Dentro de este esquema, el consecuencialismo es la concepción según la cual sean cuales sean los valores que adopte un individuo o una institución (o sea cual sea la noción de bien que predique), una acción será correcta cuando produzca el efecto de fomentar estos valores.²³⁰ Asimismo, una consecuencia es buena en sentido *impersonal*, cuando es posible decir que es buena, sin querer decir con ello que ese evento es bueno para una determinada persona o un grupo de personas.²³¹ Así, un determinado estado de cosas será bueno en ese sentido, cuando todos tengan –desde un punto de vista imparcial– fuertes razones para querer que tal estado de cosas tenga lugar.²³² Como ya se ha afirmado, el contractualismo de Scanlon no puede aceptar estas afirmaciones. Sin

²²⁹ Pettit, Philip (2004) “El Consecuencialismo” en: Singer Peter (ed.) *Compendio de Ética*, Madrid, Alianza, pp. 323-336, p. 322

²³⁰ *Idem*, p. 325.

²³¹ Parfit, Derek (2011) *On What Matter*, T.I, Oxford, Oxford University Press, p.41

²³² Esta afirmación corresponde a lo que se llama bueno en el sentido que implica una razón imparcial. (Parfit, Derek (2011) *On What Matter*, T.I, Oxford, Oxford University Press, p.41)

embargo, si lo hiciera, su teoría tomaría una forma más robusta²³³ y podría proporcionar una base sólida para resolver el *problema de la no-identidad* (N.I.). Con ello no sólo podrían darse razones que permitieran justificar moralmente prohibiciones penales destinadas a proteger a las generaciones futuras, sino que sugeriría una mejor manera de respetar el valor de las personas como seres racionales.²³⁴

A los fines de demostrar por qué deberían contar las consecuencias impersonales de las acciones para poder decidir si un principio puede ser razonablemente rechazado, Parfit propone el siguiente caso. Uno debe elegir entre dos programas médicos²³⁵:

Si se hace A	1000 “X-personas” serán concebidas y vivirán por 41 años felices	y 1000 “Y-personas” serán concebidas y vivirán por 40 años felices
Si se hace B	Las mismas “X-personas” serán concebidas y vivirán por 40 años felices	y 1000 diferentes “Z-personas” serán concebidas y vivirán por 80 años felices

Si, de acuerdo con la fórmula de Scanlon, sólo es posible apelar a consideraciones personales, entonces, no sería razonable rechazar un principio que permita que se elija A, ya que las X-personas tendrían una razón para rechazar cualquier principio que permita que se elija B, pues en ese caso vivirían 1 año menos de vida. Sin embargo, intuitivamente la opción correcta parece ser aquella que permita que se elija B, dado que de ese modo vivirán 1000 Z-personas durante 80 años felices, en lugar de 1000 Y-personas que vivirán sólo 40 años. Ahora bien, ¿cómo podría justificarse tal elección?. Para responder a esa pregunta, Derek Parfit sugiere que cada una de las Y-personas y cada una de las Z-personas del ejemplo constituyen lo que ha llamado una *persona general*. Una persona general no es una persona. Es un grupo, más o menos grande, de individuos posibles, alguno de los cuales será real.²³⁶ Este concepto puede ser explicado con el conocido caso de la *joven de 14 años*: supóngase que una joven de 14 años, Jane, afirma que está tratando de tener un hijo. En el intento de

²³³ Parfit, Derek (2003), “Justificability to Each Person” en *Ratio(New Series)*, Oxford, Blackwell Publishing, XVI, 4 DECEMBER 2003, pp. 368-390, p. 389

²³⁴ Philip Pettit afirma que para satisfacerse tal extremo de la construcción scanloniana, su tesis debiera darse importancia a las consecuencias. “*El entendimiento consecuencialista que tengo en mente sostendría que la práctica del intercambio deliberativo promueve valores impersonales en un alto grado y por esa razón la gente debe sumergirse rutinariamente a sí mismos dentro de ese esquema.*” (Pettit, Philip (2006) “Can Contract Theory Ground Morality?”, en Dreier James (ed), *Contemporary Debates in Moral Theory*, Blackwell Publishing pp.77-96, p.87)

²³⁵ Parfit, Derek (2011) *On What Matter*, T.II, Oxford, Oxford University Press, p. 232

²³⁶ Ídem, p. 236

persuadirla para que espere, uno le podría decir que sería peor para *su* primer hijo si ella lo tiene a *él* ahora, mientras es tan joven. Si ella tiene a *su* primer hijo más adelante, eso será mejor para *él*, porque podría darle a *él* un mejor comienzo de vida.²³⁷

El ejemplo intenta mostrar que cuando uno utiliza palabras como “*su*” o “*él*”, para referirse al hijo de Jane, no se está refiriendo a ninguna persona particular. Así, –continuando con la explicación que da el autor de Oxford– supóngase que ella tiene a su hijo ahora, al que llama Johnny, y que no consigue darle un buen comienzo de vida. Uno no podría afirmar que tal cosa fue peor para Johnny, dado que, si ella hubiese esperado *su* primer hijo no hubiese sido Johnny, ya que nunca hubiese existido. *Su* primer hijo, en el caso de haberlo tenido más adelante, habría sido otro. De modo que cuando, en el contexto de este ejemplo, alguien utiliza palabras tales como “*su hijo*” o “*él*”, no se refiere a una persona en particular, sino a lo que se ha llamado *persona general*. En este caso, la persona general “primer hijo de Jane” estaría compuesta por Johnny y el hijo diferente que podría tener si esperara.

Es posible volver ahora al ejemplo de los programas médicos. Para cada una de las X-personas es mejor que se elija A, dado que en tal resultado ellas vivirán 1 año más. No sería peor para cada una de las Y-personas, dado que vivir 40 años es su única opción, y tampoco sería peor para cada una de las Z-personas, pues no existirían. No obstante, si se elige A, las consecuencias que se derivan de ello son peores para la persona general compuesta por las Y-personas y las Z-personas, porque en tal resultado las personas que la componen vivirán 40 años en vez de los 80 a que conduce el resultado B. Así, uno podría afirmar que la pérdida de 1 año de las 1000 X-personas, es insignificante al lado de los 40 años más que vivirá la persona general compuesta por las 1000-Ypersonas y por las 1000-Z-personas, que implica la elección de B. Y que por tanto, un principio que exigiera esta última elección (B) no podría razonablemente ser rechazado. Scanlon no podría aceptar esta afirmación, porque esta última apela a aquello que sería mejor aun cuando tal estado de cosas no sea mejor o peor para nadie en particular. Si se cree que la elección correcta es B, entonces se debe abandonar la restricción impersonal scanloniana.

Ahora bien, el principio que acepta que B es la elección correcta no es un principio personal. Sin embargo, uno podría seguir afirmando que es un principio que nadie puede razonablemente rechazar. ¿Cómo esto es posible?. Esto es posible, según Parfit, porque cada uno de nosotros, además de tener razones *personales* para rechazar principios que permitan

²³⁷ Ídem, p. 220 y Parfit, Derek (1984) *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, p.358

ciertos actos, tiene también *razones imparciales*.²³⁸ Estas indican de qué manera determinados actos pueden hacer que las cosas vayan peor²³⁹. Esto es, cuando todos tengan, desde un punto de vista imparcial, fuertes razones para querer que un determinado estado de cosas tenga o no tenga lugar. Estas razones imparciales pueden ser entendidas de dos maneras. De acuerdo con la primera, las razones imparciales –a diferencia de las razones personales– deben poder ser aceptadas con independencia del punto de vista de cada persona.²⁴⁰ Estas razones son muy parecidas a las que existen detrás del velo de la ignorancia de la posición original rawlsiana. En este caso, que las consecuencias son impersonalmente buenas o malas, implica que son personalmente malas, en el sentido de que serían males para una persona particular.

El segundo sentido en que pueden ser entendidas las razones impersonales es el siguiente: una de dos consecuencias puede ser *impersonalmente* peor (o mejor) en el sentido que implica una *razón imparcial*, cuando todos tendrían razones imparciales para preferir la otra consecuencia.²⁴¹ En el caso de las generaciones futuras, para explicar por qué ciertas políticas son incorrectas (o por qué determinadas acciones deben prohibirse), se debe apelar a las mejores vidas que podrían ser vividas por las personas que, si se hubiera actuado de otro modo, podrían haber existido luego.²⁴² Por tanto, no se apela a lo que sería malo para una persona particular, sino a aquello que todos tendrían razones para preferir desde un punto de vista imparcial. La aceptación de este tipo de razones para afirmar qué es *lo que nos debemos los unos a los otros* provee un fundamento más sólido para explicar por qué determinadas acciones deben estar censuradas a los fines de proteger a las generaciones futuras. En el capítulo siguiente tendremos la ocasión de mostrar que, además, es concordante con la tesis que afirma que sólo está justificado prohibir penalmente una conducta cuando tienda a promover la existencia de un estado de cosas donde las personas –sean quienes fueren– gocen de un *status no-dominado*.

²³⁸ Parfit, Derek (2011) *On What Matter*, T.II, Oxford, Oxford University Press, p. 237

²³⁹ Ídem, p. 237

²⁴⁰ Ídem, p. 238

²⁴¹ Ídem, p. 238

²⁴² Ídem, p. 239

CAPÍTULO V

EL PROBLEMA DE LA NO-IDENTIDAD

“There is another question about personal identity. Each of us might never have existed. What would have made this true? The answer produces a problem of us overlook.”
(Parfit, Derek (1984) *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, p. 351)

CAPÍTULO V. EL PROBLEMA DE LA NO-IDENTIDAD

INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior se concluyó que, en el caso de las generaciones futuras (GG.FF.), para explicar por qué ciertas políticas son incorrectas (o determinadas acciones deben prohibirse) es posible apelar a las mejores vidas que podrían ser vividas por las personas que podrían haber existido, si se hubiera actuado de forma diferente. Por tanto, la propuesta afirma que no se debe apelar a lo que sería malo para una persona particular, sino a lo que todos tendrían razones para preferir desde un punto de vista imparcial. La aceptación de este tipo de razones para afirmar qué es *lo que nos debemos los unos a los otros*, provee un fundamento más sólido para explicar por qué determinadas acciones deben estar censuradas con el fin de proteger a las generaciones futuras. En este capítulo se desarrollará en mayor medida la idea anterior y se explicará por qué es concordante con la tesis que afirma que sólo está justificado prohibir penalmente una conducta cuando tienda a promover la existencia de un estado de cosas donde las personas –sean quienes sean estas– gocen de un *status no-dominado*.

1. EL PROBLEMA

Para abordar el problema de la no-identidad es útil ayudarse de algunos casos hipotéticos.

Caso I: Se siembra soja en un campo aledaño a una zona urbanizada. Para evitar el crecimiento de malezas y pestes se realizan fumigaciones periódicas con agro-tóxicos. Cuando comenzaron las fumigaciones había mujeres embarazadas viviendo en la zona contigua a los terrenos. El contacto con los agro-tóxicos hizo que sus hijos –concebidos antes de las fumigaciones–, nacieran con malformaciones.

Caso II: Una empresa petrolera comienza a explotar una reserva en un lugar nada o muy escasamente poblado. A causa de la explotación comercial, muchas personas llegan a ese lugar para trabajar. La exposición de estas personas a gases emanados de la refinería (anhídrido sulfuroso (SO₂) y sulfhídrico (SH₂)), y determinados componentes del crudo (benceno, tolueno y xileno) hace que su descendencia pueda presentar malformaciones o enfermedades congénitas. Efectivamente, la descendencia de los trabajadores –que es concebida mientras sus padres se encuentran en la zona industrial–, aun con una vida que vale la pena ser vivida, nace con malformaciones.

Al observar estos dos casos, uno podría preguntarse: ¿existen razones que permitan justificar la prohibición de realizar conductas como las descritas, es decir de aquellas que puedan ocasionar malformaciones o enfermedades en seres que nacerán en el futuro? La

respuesta afirmativa parece ser evidente, ya que en ambos casos las malformaciones y/o enfermedades se podrían haber evitado si no se hubiesen realizado las acciones contaminantes. Sin embargo, es menos evidente la respuesta a la pregunta ¿cuál es la razón que permite justificar tales prohibiciones? Aceptada la existencia de obligaciones para con las generaciones futuras y descartadas las justificaciones que hemos llamado moralistas –es decir aquellas que remiten a una moral auto-referente o aquellas que son expresión de un populismo moral–, la alternativa es apelar a los criterios que regulan las relaciones intersubjetivas. Así, podría parecer que debe buscarse la solución en el principio del daño o en el concepto de bien jurídico. Sin embargo, en principio, tampoco es posible apelar a ellos. Es verdad que en el *caso I* los niños que nacieron, lo habrían hecho sin malformaciones y/o enfermedades congénitas, si no se hubiesen realizado las acciones que la prohibición estaba destinada a evitar. Pero no puede decirse lo mismo en el *caso II*. Tampoco puede alegarse que la ausencia de prohibición penal haría que más niños se vieran afectados (o lo sean para peor) que si la prohibición se mantiene vigente, pues en el *caso II*, las acciones presentes afectan la identidad de las personas futuras.

Ahora bien, ¿qué quiere decir que un acto puede influir en la identidad de una persona futura? Quiere decir que las elecciones presentes pueden determinar, al menos en parte, quiénes van a ser las personas que vivirán más adelante. Esto se explica porque, independientemente de cuál sea la teoría de la identidad personal que se sostenga, lo cierto es que cada persona surge de un óvulo y un espermatozoide concreto. Si uno hubiese sido concebido unos segundos después de lo que lo hizo, el óvulo hubiese sido fecundado por un espermatozoide diferente, y ese niño hubiese compartido con el primero algunos de sus genes, pero no todos. Dado que en este caso el óvulo fecundado sigue siendo el mismo, todavía podría decirse que el sujeto es, más o menos, la misma persona. Esto porque se asume que hay casos donde las preguntas sobre la identidad no tienen que tener una respuesta afirmativa o negativa, sino que la identidad puede ser indeterminada.²⁴³ Sin embargo, como en el espacio de un mes de concepción, no sólo el espermatozoide sino también el óvulo hubiese sido diferente, es cierto que la persona que –de hecho– fue concebida en otro momento temporal, nunca habría existido. Derek Parfit denomina a este argumento *Tesis de la Dependencia Temporal II*.²⁴⁴ si una persona particular no hubiese sido concebida en el espacio de un mes alrededor del momento en que de hecho fue concebida, *de hecho*, nunca habría existido. Si

²⁴³ Parfit, Derek (1984) *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, p. 354

²⁴⁴ Ídem, p. 355.

esto es así, en el *caso II*, si las acciones contaminantes no hubiesen tenido lugar, los niños que nacieron con malformaciones no podrían haber nacido sanos. Sencillamente no existirían. Por lo tanto, una prohibición penal destinada a protegerlos no podría beneficiarlos. Esto no implica afirmar que hacer que se exista sea mejor que no nacer, ni tampoco supone sostener que hacer que se exista no puede beneficiar, o que la no existencia sea peor que nacer. Sólo indica que si alguien no fue concebido en determinado momento, de hecho, no existiría.

Tal vez dos casos análogos a los anteriores, pero más cercanos a la realidad cotidiana, puedan ayudar a comprender de mejor manera el inconveniente.

Caso III: Una gestante, durante el embarazo, se somete a un proceso de *diagnóstico pre-natal* mediante el cual trata de controlar el estado de salud de la criatura que porta en su seno. Por una negligencia médica, se le informa que el feto no presentará ningún problema, cuando en realidad padece una enfermedad que puede curarse si la madre toma una medicación durante el embarazo. La gestante, desconociendo el problema, no toma la medicación, por lo que nace el niño con una discapacidad o malformación.

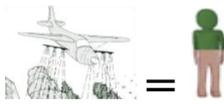
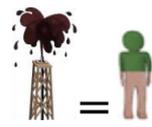
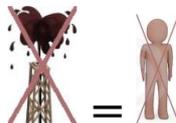
Caso IV: Una pareja antes de concebir se somete a consejo médico, puesto que sospecha que uno o ambos integrantes son portadores de determinada enfermedad que haría que engendraran a su hijo con alguna enfermedad o malformación congénita, a menos que sigan un tratamiento previo. El consejo médico realiza un *diagnóstico pre-conceptivo*²⁴⁵ falso, que prescribe que ninguno de los progenitores posee enfermedad alguna. Como resultado se concibe un ser con una determinada malformación o discapacidad.

Nuevamente, tanto en el *caso III* como en el *caso IV*, las malformaciones o enfermedades de los niños tienen como causa el obrar negligente de un agente, en estos supuestos del médico. Esas consecuencias no hubiesen tenido lugar si el médico hubiera obrado de un modo correcto. No obstante, la diligencia médica hubiese provocado resultados diferentes en los dos casos: en el primero, que los niños hubiesen nacido sin una capacidad disminuida; y en el segundo, que los niños afectados no hubiesen nacido. El siguiente cuadro pretende representar lo expuesto:

²⁴⁵ “El diagnóstico pre-conceptivo se refiere a la información que presta el médico a una pareja o a una persona sólo antes del embarazo sobre los riesgos de concebir un hijo con enfermedades o malformaciones [congénitas] de origen genético, hereditario [o de otra índole]. [Se diferencia del] diagnóstico pre-natal, que tiene lugar cuando aquel ya se ha producido, siendo en realidad en este último caso el feto el sujeto de diagnóstico” (Romeo Casabona, Carlos M. (1994) *El Derecho y la Bioética en los límites de la vida humana*, Madrid, C.E. Ramón Areces, p. 197)

<p>Caso 1</p> <ul style="list-style-type: none"> • Si fumigación + exposición de gestante a agrotóxico = Niño nace con 5 • No Fumigación = no exposición de gestante a agrotóxico: Niño nace con 10 	<p>Caso 2</p> <ul style="list-style-type: none"> • Explotación de petróleo + Exposición de progenitores a contaminantes: Niño nace con 5 • No explotación de petróleo = Niño no nace
<p>Caso 3</p> <ul style="list-style-type: none"> • Diagnóstico negligente + ausencia de medicación = niño nace con 5 • Diagnóstico correcto + medicación = niño nace con 10 	<p>Caso 4</p> <ul style="list-style-type: none"> • Diagnóstico negligente + ausencia de espera = Niño nace con 5 • Diagnóstico correcto + espera = Niño no nace
<p>El N° 10, representa las capacidades o aptitudes <i>standard</i> de cualquier humano. El N° 5, representa los casos donde el niño nace con alguna <i>enfermedad</i> o <i>malformación</i> congénita y posee una vida que vale la pena ser vivida.</p>	

En los cuatro casos, la acción incorrecta produce un nacimiento de niños con malformaciones. Sin embargo, tanto en el *caso I* como en el *caso III*, si la acción que produjo el nacimiento con malformaciones no hubiese tenido lugar, los niños habrían nacido sanos. En cambio, en los *casos II* y *IV*, si la acción que produjo el nacimiento con malformaciones no hubiese tenido lugar, los niños no habrían nacido.

<p>Casos 1 y 3</p> <ul style="list-style-type: none"> • Acción X incorrecta + resultado: niño 5  <ul style="list-style-type: none"> • Acción X correcta + resultado: niño 10 	<p>Casos 2 y 4</p> <ul style="list-style-type: none"> • Acción X incorrecta + resultado: niño 5  <ul style="list-style-type: none"> • Acción X correcta + resultado: niño no nace 
--	---

En relación con los cuatro casos precedentes pueden formularse las siguientes consideraciones. Primero, si (de manera arbitraria) se le asigna el valor 10 a las capacidades *estándar* de cualquier ser humano, y el valor 5 a sus capacidades cuando tenga alguna enfermedad o malformación, dado que 10 es mejor que 5, nacer con 5 es una consecuencia

mala que –en los casos estudiados– ha tenido como causa la acción de un agente X. Segundo, si esto es aceptable, entonces realizar una acción que haga que nazca un ser con 5 es incorrecto. Tercero, nacer con 5 sólo es un daño para los sujetos que nacieron con 5 cuando, de no ser por la acción del agente X, podrían haber tenido 10. Esto es lo que ocurre en los *casos I y III*. Supuestos en los cuales el principio del daño puede dar una respuesta satisfactoria. No obstante, y en cuarto lugar, no es posible hacer estas afirmaciones en los *casos II y IV* dado que, en esos supuestos, nacer con 5 para la persona particular no puede representar un daño, ya que de no ser por la acción del agente X, no habrían nacido. Para estos casos las opciones son o nacer con 5 o, sencillamente, no nacer. Siendo esto así, ¿qué justifica la prohibición que trata de impedir en el *caso II* que la empresa petrolera contamine el ambiente produciendo niños que nacerán con malformaciones o enfermedades; y en el *caso IV* que el médico actúe de modo negligente al realizar diagnósticos pre-conceptivos? De hecho en muchos sistemas jurídicos existen prohibiciones de realizar acciones como las de la empresa petrolera, las fumigaciones o las negligencias médicas. Pero la pregunta es normativa: es una sobre el fundamento para justificar esas prohibiciones. Porque puede que “*haya buenas razones allí donde ya existen buenas prácticas*”.²⁴⁶

2. AFECTACIÓN A PERSONAS PARTICULARES

La primera respuesta a tal pregunta intenta apelar a los efectos de los actos sobre las personas particulares. La relevancia de este asunto puede ser comprendida si se observa, nuevamente, el caso IV.

Cuando se examina con cuidado ese caso se diría que el obrar del médico negligente debe catalogarse como incorrecto, y por tanto que habría razones para que esté censurado, ya que tal actuación ocasionó que un niño nazca con enfermedades o malformaciones. Sin embargo, ¿es esto mejor para el niño que se quería proteger? Creemos que la respuesta no puede ser positiva. Si el médico hubiese actuado de manera diligente es previsible que los padres hubieran esperado más de un mes para concebir a su hijo, y entonces el niño concreto que quería protegerse nunca habría existido. Niño que, no obstante su enfermedad o malformación, tuvo una vida que fue digna de vivirse²⁴⁷. Por tanto, la acción negligente del

²⁴⁶ López de la Vieja, M. Teresa (2010) *La Pendiente Resbaladiza: la práctica de la argumentación moral*, Madrid, Dilemata, p. 270

²⁴⁷ La expresión “una vida que vale la pena ser vivida” o “digna de vivirse” sólo tiene sentido para aquellos que creen que existen vidas que, ya sea por los graves padecimientos que sufrirá u otras circunstancias semejantes, existen vidas que no valen la pena ser vividas. Para quien cree que toda vida es una que vale la pena ser vivida,

médico no fue peor para el niño que nació. Así, no puede afirmarse que ha existido daño, al menos en el sentido tradicional que aquí venimos manejando.

La situación en cuestión se encuentra atravesada por el problema de la no-identidad (N.I.), de modo que en los diferentes resultados –esto es, en el que tendría lugar si el médico hubiese actuado de modo negligente, y el que se habría producido si su acto hubiese sido diligente–, nacerían diferentes personas. Ante esta explicación, uno podría reconsiderar el juicio de valor sobre la actuación del médico: ¿Se ha de cambiar de opinión sobre ella? ¿Se deja de pensar que sería incorrecto que los médicos actúen de modo negligente al realizar diagnósticos pre-conceptivos?

Una razón para cambiar de opinión es que se piense que, por más que se tengan razones para no causar vidas futuras que valen menos la pena ser vividas, esas razones son débiles, porque esas vidas pueden ser vividas por diferentes personas. Y por lo tanto, estos actos no pueden ser peor para ninguna de esas personas. Este argumento, suele conocerse como *Teoría de los dos niveles* (T2N)²⁴⁸. Si tal tesis es correcta, el problema de la no-identidad tiene importancia práctica porque las obligaciones hacia el futuro pueden depender de si nuestros actos serán peor para alguien. Así, pues, dado que en los casos atravesados por el problema de la no-identidad, la realización de actos diferentes producirá como consecuencia que nazcan personas distintas, no habría ninguna prohibición que pueda estar moralmente justificada. Esto, porque ningún acto que se realice puede ser peor para ninguna persona particular que alguna vez exista.

Sin embargo, es posible que se piense, luego de conocer todo lo que se sabe sobre la actuación del médico, que su forma de actuar es censurable. Si es así, la objeción no puede ser que su elección fue peor para el niño. Se debe reconocer que, dado que las vidas futuras serán vividas por las mismas personas, no marca ninguna diferencia moral que esos actos sean peor para esas personas. La objeción a la actuación del médico, afirma Parfit, tiene que apelar a un principio diferente. Debiera decir que es moralmente peor si aquellos que viven en uno de los dos escenarios posibles, están peor o tienen una peor calidad de vida que aquellas personas que habrían vivido en el escenario diferente. Este argumento, se conoce como *Teoría de la*

la expresión no tiene sentido. En tal caso, no hay obstáculos para seguir el argumento que aquí se propone, dado que –para ellos– las consideraciones que se esgrimen sobre una vida que vale la pena ser vivida son de aplicación para todas las vidas.

²⁴⁸ Parfit, Derek (2011) *On What Matter*, T.II, Oxford, Oxford University Press, p. 219

No-Diferencia (TND).²⁴⁹ Si se acepta la TND, entonces, la objeción a la actuación del médico es plausible. Esto, porque el acto del médico negligente produjo que nazca un niño con malformaciones cuando, si hubiera actuado de modo diligente, podría haber vivido –en lugar de aquel– otro niño sano. Sin embargo, la aceptación de esta tesis supone que la cuestión de la no-identidad no tiene importancia práctica, lo que es un problema. Pues las teorías tradicionales utilizadas para legitimar prohibiciones (incluidas las penales) implican que TND es falsa. Para estas otras teorías, debe marcar una diferencia que las consecuencias de los actos sean peor para las personas particulares.²⁵⁰ Afirman, por ejemplo, que la censura penal, sólo está justificada cuando tiende a impedir una acción que provocará (o podría producir) un desmejoramiento o menoscabo en la condición de algún sujeto concreto (o de algún bien de este último)²⁵¹.

3. NO-IDENTIDAD Y PRINCIPIO DEL DAÑO

Aunque en este trabajo se haya argumentado a favor de un criterio republicano de justificación de prohibiciones penales, resulta de utilidad indagar cómo otros criterios imperantes en los Estados de Derecho pretenden resolver el problema al que nos enfrentamos. Esto, porque tales posiciones son las que dan importancia al menoscabo efectivo en la condición de algún ser *concreto*.

La primera posibilidad viene de la mano de la construcción que hizo J.S. Mill del principio del daño. Como se ha analizado en el capítulo II, desde tal principio se ha pretendido asegurar que los intereses primordiales del individuo queden protegidos frente a injerencias externas, como una forma de optimizar la libertad para todos. Así, una prohibición se encuentra justificada, sólo si la acción correspondiente puede afectar negativamente a un sujeto concreto. En este caso "sujeto concreto" no se refiere sólo a personas presentes; el punto decisivo es que se trate de personas particulares. Una *persona particular* es aquella que de hecho existe o existirá. El principio del daño supone que para que una prohibición esté justificada, debe tener –al menos– la posibilidad de afectar a una persona *particular*. Sin

²⁴⁹ Ídem, p. 219.

²⁵⁰ Ídem, p. 220

²⁵¹ Véase: Ferrajoli, Luigi (1995[1989]) *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta [Trad. P. Ibañez- A. Ruiz, J.C. Bayón, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero], pp. 464 y ss. Roxin, Claus (1997[1994]) *Derecho Penal, Parte General, Tomo I: fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas [Trad. D. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. de Vicente Remesal], pp. 49 y ss. Zaffaroni R. E.; Alagia, A; Slokar. A (2002) *Derecho Penal, Parte General*, Bs. As. Ediar, pp. 126 y ss.

embargo, tal aseveración representa un problema ya que, como se sugirió en el ejemplo del médico, en determinados contextos intergeneracionales esto no es posible.

Para comprender este punto, es útil analizar un nuevo ejemplo. Lo llamaremos “el caso de Pedro”. Recuérdese que, si la Tesis de la Dependencia Temporal II es correcta, respecto de alguna clase de actos, ocurriría que, según qué acciones se realicen no existirían las mismas personas particulares:

El caso de Pedro (caso V):

Una empresa petrolera comienza a explotar una reserva petrolífera en un lugar nada o muy escasamente poblado. A causa de la explotación comercial, muchas personas llegan a ese lugar para trabajar. La exposición de estas personas a gases emanados de la refinería (anhídrido sulfuroso (SO₂) y sulfhídrico (SH₂)), y determinados componentes del crudo (benceno, tolueno y xileno) hace que su descendencia, pueda presentar malformaciones o enfermedades congénitas. Acuden Juan, proveniente de una zona pobre del norte del país, y María, oriunda del sur, a trabajar a la empresa. Se conocen y tienen un hijo llamado Pedro, que efectivamente, aunque con una vida que vale la pena ser vivida, nace con una enfermedad. Esta enfermedad, como era previsible, lo mata al cumplir la edad de 15 años. Consideraciones similares pueden hacerse respecto de la mayoría de los otros trabajadores que acudieron a la zona. Si se permite la instalación de la empresa petrolera, ¿afecta a alguien la elección de no prohibir tal actividad?

Como consecuencia de permitir la instalación de la empresa, la calidad de vida de los padres aumenta, dado que gracias a ese empleo pueden salir de la pobreza que los acechaba. Sin embargo, sus hijos –Pedro por ejemplo–, nacerán con una enfermedad que lo matará a la edad de 15 años. Enfermedad que no habría tenido lugar si la actividad petrolera hubiese estado prohibida. Sin embargo, si tal hubiese sido el caso, estos hijos –de hecho– nunca habrían existido. Así, tanto si se piensa que causar que se exista puede beneficiar²⁵², como si se cree que causar que se exista no puede beneficiar²⁵³, se debería afirmar que la permisión (no prohibición) de realizar la actividad contaminante no será peor para las personas futuras que habrían de nacer en el lugar. Esto porque aunque baje su calidad de vida, ya que sufrirán una enfermedad o malformación, la realización de tal actividad no será peor para nadie

²⁵² “Cuando afirmamos que fue bueno para alguien que se le hiciera existir, no estamos implicando que, si no se le hubiese hecho existir, esto habría sido malo para él” Parfit, Derek (1984) *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press p. 487 [Parfit, Derek (2004) *Razones y Personas*, Antonio Machado Libros, Madrid, trad. Mariano Rodríguez González, p. 826]

²⁵³ “Beneficiamos a alguien si resulta que, si no hubiéramos hecho lo que hicimos, habría sido peor para esta persona. Si no hubiéramos hecho existir a alguien, esto no habría sido peor para esta persona” Parfit, Derek (1984) *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press p. 358, [Parfit, Derek (2004) *Razones y Personas*, Antonio Machado Libros, Madrid, trad. Mariano Rodríguez González, p. 620]

(concreto) que alguna vez viva. Si la actividad no hubiese estado permitida, esos niños concretos –Pedro, entre ellos– no hubiesen existido.

Cuando se piensa en prohibir determinadas actividades como la descrita, no es verdad que la censura vaya a proteger a algún ser futuro concreto, dado que no es verdad que en el futuro, se haga lo que se haga, vayan a existir las mismas personas. Si la actividad petrolera hubiese estado prohibida, Juan y María, no se habrían conocido. O, si lo hubiesen hecho, no habrían concebido al hijo que –de hecho– tuvieron. Así, la prohibición de realizar una actividad destinada a proteger a Pedro, en realidad no habría podido cumplir su cometido, pues, si ella hubiese sido respetada, Pedro no sólo no habría nacido con enfermedades o malformaciones, sino que ni siquiera habría nacido. Por ello, no es verdad que permitir la realización de actividades contaminantes –como la explotación petrolera del *el caso de Pedro (caso V)*– vaya en contra de los intereses de personas futuras particulares²⁵⁴. Lo mismo puede expresarse respecto del desecho de residuos tóxicos por parte de determinadas empresas o situaciones donde lo que se pretende impedir es la deforestación.

En síntesis, puesto que no está prohibido que se instale la empresa petrolera, Pedro y otros tantos hijos de trabajadores morirán alrededor de la edad de 15 años a causa del contacto de sus progenitores con las sustancias propias del desarrollo de tal actividad. Sin embargo, si se hubiera prohibido la explotación petrolera, nunca habrían existido estas personas concretas. En su lugar, podrían haber vivido personas diferentes. Después de estas cosas conocer este aspecto del problema, podría uno preguntarse nuevamente si: ¿fue la permisividad (no prohibición) del desarrollo de la actividad petrolera peor para alguien? Y la respuesta, también debe ser negativa. Sin embargo, aunque la permisividad del desarrollo de la actividad petrolera no fue peor para nadie, puede decirse que, dado que la explotación causa que Pedro y otros niños mueran aproximadamente a la edad de 15 años, perjudica o daña a esas personas. El principio del daño podría aportar la solución correcta, si no existiese el problema de la no-identidad. Si en el futuro existiesen las mismas personas se elija lo que se elija, no prohibir la instalación de empresas petroleras con estas características afectaría seriamente a esos sujetos. Pedro, por ejemplo, tendría una vida con una menor esperanza de vida de la que podría haber tenido si se hubiese obrado de otro modo. Se podría responsabilizar a la generación presente por ir en contra de los intereses de las personas futuras. Sin embargo, el problema de la no-identidad existe. Por tanto la elección de la no prohibición de tal actividad, no puede ser peor para

²⁵⁴ Parfit, Derek (1984) *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, p. 363

aquellos que más tarde morirán porque sus progenitores estuvieron expuestos a los componentes del crudo. Se sabe que si no se censura la realización de explotaciones petroleras contaminantes, se provocará que algunas personas mueran en el futuro a una corta edad. Pero también se conoce que si se hubiera prohibido el desarrollo de tal actividad, esas personas que mueren nunca habrían nacido. Como la vida de estas personas es una vida que vale la pena ser vivida, la permisión (no prohibición) de realizar actividades contaminantes que les provoquen enfermedades que las mate a corta edad no es peor para ellas.

Así y todo, existe otra razón por la que se le puede reprochar a una persona haber actuado de una cierta manera aun cuando el efecto de su acto hubiese beneficiado a la persona sobre la que recae la acción. Piénsese en un sujeto que, intencionalmente o de manera imprudente, atropella a un peatón que se dirigía a tomar un avión. Como consecuencia de lo sucedido, el peatón se rompe una pierna y no puede llegar a la aeronave. El avión en el que hubiese viajado tiene un accidente y mueren todos sus ocupantes. En este caso, el peatón que sufrió la fractura no se vio perjudicado, ya que, si el incidente no se hubiese producido, habría muerto en el avión. Sin embargo, es claro que la persona que atropelló al peatón debe responder por su hecho, pues no se deben considerar los efectos reales de las acciones, sino los previsibles.²⁵⁵ De forma análoga, si es previsible que permitir la realización de explotaciones contaminantes producirá afectaciones a las personas futuras, las acciones que la prohibición tiende a censurar deberían considerarse incorrectas, y por tanto existirían razones para prohibirlas. El inconveniente, sin embargo, es que una vez que se es consciente del problema de la no-identidad se sabe que la realización de tales acciones contaminantes no puede ser peor para nadie.

Pero este argumento no contesta la pregunta: ¿puede responsabilizarse a un sujeto por dañar a otros cuando se sabe que su acto no será peor para las personas dañadas? La respuesta puede ser afirmativa si se ha violado la *autonomía* del sujeto afectado. Como ya se ha argumentado en capítulos precedentes, tal concepto depende del concepto de libertad al que esté asociado. Con todo, si se parte de una posición clásica, se puede argumentar que una persona ha violado la autonomía de otra cuando sus acciones le ocasionan consecuencias negativas, sin haberle pedido su consentimiento. Como en contextos intergeneracionales, en efecto, no se pide el consentimiento a las generaciones futuras, podría suponerse que se violó su autonomía. Pero, dado que es imposible pedirles el consentimiento a estas personas, la

²⁵⁵ Parfit, Derek (1982), "Energy and the Further Future" en *Philosophy and Public Affairs* vol. 11 n° 2, 1982, pp.112-121, p. 116

objeción debe ir por otro carril. Así las cosas, sostiene Parfit que, en vez de realizar una pregunta sobre el consentimiento se debiera considerar si las personas futuras *lamentarían* que se hubiese realizado una acción como la de llevar a cabo explotaciones petroleras contaminantes. Es obvio que lamentarían tener que morir a la edad de 15 años. Pero dado que sus vidas valen la pena ser vividas, no lamentarían el hecho de haber nacido.²⁵⁶ Por tal razón no lamentarían tampoco que se hayan realizado explotaciones petroleras contaminantes. Desde este punto de vista no habría razones, por tanto, para prohibir la realización de tal actividad.

Si bien ya se ha podido avanzar en la línea argumental, aún se podría preguntar: ¿es posible dañar a otros cuando se sabe no sólo que las personas afectadas no lamentarían el acto presente, sino también que cualquier otro acto que se pudiera haber realizado sería peor para ellas? Esta pregunta se refiere a los casos de compensación, es decir, aquellos en los que por más que se esté perjudicando a alguien se está dando un beneficio que lo compensa. En el supuesto de la explotación petrolera contaminante, no sólo la persona afectada no lo va a lamentar, sino que además las consecuencias son mejores para ella. Así, si se supone que causar que se exista puede beneficiar, aunque la explotación contaminante provoca que muera gente –Pedro del *caso V*, por ejemplo–, pero también que esa gente viva una vida que vale la pena ser vivida, no se puede sostener que la decisión daña a esa persona. Si, en cambio, se piensa que causar que se exista no puede beneficiar, la realización de la actividad no da a las personas un beneficio que pueda ser compensado. Tal elección no es mejor para ellas. Simplemente ocurre que, dado que nacer no es comparable con no haberlo hecho, no es peor.²⁵⁷ Si no es peor para ellas, no puede dañarlas.

Sin embargo, aún si se acepta que hacer que se exista puede beneficiar, es cierto que no siempre los daños pueden ser compensados con los beneficios. Se puede imaginar el caso en el que alguien decide premiar a los habitantes de una isla arrojándoles desde un avión lingotes de oro macizo, y que uno de los lingotes le rompe el brazo a uno de los isleños.²⁵⁸ Por más que el dinero obtenido con el oro pueda compensar, y por tanto reparar, el daño producido al brazo, e incluso haga que el sujeto tenga una mejor calidad de vida, es plausible sostener que éste no es un caso donde la compensación hace que la acción sea correcta. Si se

²⁵⁶ Parfit, Derek (1984) *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, p. 373

²⁵⁷ Ídem, p. 374

²⁵⁸ de Lora, Pablo (2001), “La Vida como Mal”, en *Revista Claves de la Razón Práctica*, junio 2001 n° 113, pp. 45-53, p. 50

piensa que la realización de la actividad petrolera contaminante es como el caso de los lingotes de oro, es porque se cree que en ambos casos se está ante un problema de derechos.

4. EL CONCEPTO NORMATIVO DE DAÑO

Descartada la posibilidad de existencia de un daño fáctico a los sujetos reales que pertenecerán a las generaciones futuras, es posible argumentar que la objeción a la realización de la actividad petrolera contaminante, se encuentra en que vulnera un derecho de las personas futuras (en el *caso V* provoca que *Pedro* y muchos otros mueran alrededor de sus 15 años). De este modo el concepto de daño adquiere un contenido normativo: no es que se vulneran los derechos de alguien porque se ha producido un daño, sino que se ha producido un daño porque se han vulnerado los derechos de alguien.²⁵⁹ En este sentido, la razón para reprochar a la empresa que explota el yacimiento de manera contaminante, podría ser que es incorrecto causar que alguien exista si se sabe que esta persona tendrá un derecho que no puede satisfacerse.

Igual que en el apartado anterior, se podría responder a la objeción diciendo que, si esas personas conociesen los hechos, no lamentarían que se haya tomado tal decisión. Sin embargo, aunque esto es plausible e incluso probable, no se puede dar por hecho que tal cosa es lo que todos ellos harían. Respecto *del caso de Pedro (caso V)* la acción de la empresa contaminante produce que la esperanza de vida de las personas, que morirán a la edad de 15 años, sea menor que la que podría haber tenido otra persona en ausencia de tal actividad. De modo que la realización de esa actividad hace que existan personas con derechos que no pueden realizarse –por ejemplo a tener cierta esperanza de vida.

Para responder a esta objeción imagínese que tener un hijo con alguna malformación o con un derecho –tal como cierta esperanza de vida– que no puede satisfacerse, es nuestra única elección. En este caso la razón que justificaría la prohibición sería que: sólo se puede causar que existan personas cuyos derechos no pueden realizarse si ellas no lamentarían nuestra elección. Es decir, si ellas renuncian a su derecho a vivir una vida más larga. Como tal renuncia es posible pero contingente, una apelación a ese derecho sería una buena objeción a la elección presente, que justificaría que ella esté prohibida.²⁶⁰ No obstante, tal objeción que apela a los derechos de las personas, no parece concluyente. Esto, porque dos razones. La

²⁵⁹ Feinberg, Joel (1994) “Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming” en: él mismo, *Freedom and Fulfillment: philosophical essays*, New Jersey, Princeton University Press, pp. 3-36, p. 6

²⁶⁰ Parfit, Derek (1984) *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, p. 374 y ss.

primera es porque las personas que nacieron –entre ellas Pedro, por ejemplo– de ningún modo podrían haber tenido una esperanza de vida más alta (o calidad de vida más elevada). Por tanto, si la generación presente hubiera prohibido la realización de tales actividades contaminantes, y por consiguiente la explotación petrolera no hubiera tenido lugar, esos niños nunca habrían existido. Como los sujetos concretos que pertenecen a las generaciones futuras nunca habrían tenido tales derechos, tampoco sería posible vulnerarlos. La segunda razón por la que la objeción no parece concluyente es porque cuando se tiene la opción de tener un hijo sano en lugar de tener uno con derechos que no pueden satisfacerse, la objeción a la realización de actividades que generen tales consecuencias perjudiciales parece más fuerte. que apela a los derechos de los posibles hijos futuros parece más fuerte cuando se tiene la opción de tener un hijo sano en lugar de uno enfermo o con un derecho que no puede satisfacerse.

Derek Parfit trae dos ejemplos para explicar este punto:

La elección de Jane. Jane tiene una enfermedad congénita que la matará sin dolor aproximadamente a la edad de 40 años. (...) Jane sabe que si tiene un hijo tendrá la misma enfermedad. (...) Jane elige tener un hijo.

La elección de Ruth. La situación de Ruth es igual a la de Jane, con una diferencia. Su enfermedad congénita, a diferencia de la de Jane, sólo mata a los varones. Si Ruth se [sometiera a] la nueva técnica de fecundación *in vitro*, estaría segura de tener una hija a quién la enfermedad no mataría. Pero decide [no someterse al tratamiento] y correr el riesgo. Desafortunadamente tiene un hijo, cuya enfermedad heredada le matará más o menos a los 40.²⁶¹

Los ejemplos intentan demostrar que aun manteniendo la objeción en ambos casos, esta es peor respecto de la elección de Ruth, dado que ella tiene una alternativa diferente. Quizás la explicación de esta diferencia esté dada porque deben tenerse en cuenta los efectos sobre las posibles personas futuras que podrían haber nacido.²⁶² Esta alternativa apela, en parte, al posible efecto sobre el niño diferente que Ruth podría haber tenido si se hubiese

²⁶¹ Parfit, Derek (1984) *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press p. 375, [Parfit, Derek (2004) *Razones y Personas*, Antonio Machado Libros, Madrid, trad. Mariano Rodríguez González, pp. 646-647].

²⁶² Otros autores, en cambio, afirman que la diferencia en la fuerza de la objeción está dada porque en los casos donde existe la opción tanto de tener un hijo sano como de tener uno discapacitado, con malformaciones o con un derecho que no puede satisfacerse, el interés reproductivo de los padres no se ve comprometido. “Si tener un hijo discapacitado es la única forma de que los padres puedan satisfacer su importante interés reproductivo de tener hijos, y ese hijo va a tener una vida que valga la pena vivir, aunque discapacitado, no hacen mal en tenerlo.” Buchanan, A; Brock, D; Daniels, N; Winkler, D. (2002) *Genética y Justicia*, Madrid, Cambridge University Press, [Trad. C. Piña], p. 237. Esta solución, dado que introduce otro inconveniente no parece convincente.

sometido al tratamiento. “La apelación a este efecto no es una apelación a los derechos de nadie.”²⁶³

En *el caso de Pedro (caso V)*, si se realiza la actividad contaminante, como se sabe, se causará que existan personas –Pedro entre ellas– que morirán alrededor de sus 15 años. Así, se causará que existan personas cuyo derecho a una vida completa no puede realizarse. ¿Podría prohibirse realizar esta clase de actividades contaminantes para proteger los derechos de tales personas? Como se ha visto, la respuesta podría ser positiva, sin objeciones, sólo si se elimina el problema de la no-identidad. En este caso, como las personas futuras particulares existirán se haga lo que se haga –como Pedro nacerá tanto si se prohíbe la realización de tal explotación como si esto no se hace–, permitir que se contamine a través de una explotación petrolera, las priva de poder ejercer un derecho (a una vida completa) que de otro modo podrían haber ejercido.

Sin embargo, en *el caso de Pedro (caso V)* existe el problema de la no-identidad. Si se prohíbe realizar esa actividad,²⁶⁴ los niños que concretamente se querían proteger –Pedro, por ejemplo– no existirían, pero podrían haber nacido otros. Por tanto desde esta perspectiva la justificación de una tipificación penal destinada a censurar la realización de actividades contaminantes como las descritas, no puede apelar sólo al derecho de las personas a no ver su integridad física menoscabada o a no ver acortados sus años de vida (*caso de Pedro [caso V]*). Debe también contemplar los efectos en las posibles personas que hubieran vivido si se hubiese elegido de forma diferente, en este caso si se hubiese prohibido la realización de tales actividades. Pues es significativo que, si se hubiera prohibido la instalación de empresas contaminantes podrían haber vivido personas diferentes, a las que, por tanto, la realización de tal actividad no habría causado la muerte o producido malformaciones. Siendo esto así, parece que la única razón plausible que justifica la prohibición de instalar empresas o realizar actividades contaminantes que produzcan efectos como los descritos en el *casos V* es aquella que compara diferentes conjuntos de vidas posibles, es decir la *tesis de la no-diferencia (TND)*.

²⁶³ Parfit, Derek (1984) *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press p. 375, [Parfit, Derek (2004) *Razones y Personas*, Antonio Machado Libros, Madrid, trad. Mariano Rodríguez González, p. 648]

²⁶⁴ No sólo sería posible pensar en la opción de prohibir tal actividad. También podría ponerse como opción alternativa realizar la explotación petrolera con medidas de seguridad tales que impidan el contacto de los trabajadores con productos contaminantes, de modo que su descendencia no tenga inconvenientes de la naturaleza de los descritos.

5. MÁS ALLÁ DEL DAÑO

Para tratar adecuadamente el problema de las prohibiciones penales destinadas a proteger a las generaciones futuras en supuestos atravesados por el problema de la no-identidad es preciso desechar el principio del daño tal y como fue utilizado en este capítulo.²⁶⁵ En su lugar, parece que debe apelarse a la TND porque proporciona una razón que permitiría justificar prohibiciones de decisiones que vayan en contra de los intereses de las generaciones futuras. Claro que también podría decirse que, como desde un punto de vista liberal el único principio que es válido a la hora de justificar prohibiciones es el del daño, y como no es posible causar daño a las personas concretas que vivirán en el futuro, ninguna censura penal destinada a protegerlas está moralmente justificada. Aún más, podría sostenerse que es incorrecto causar que existan personas con una vida que vale la pena ser vivida, pero por debajo del umbral de una calidad normal de vida, y que en los demás casos, aunque no sea incorrecto hacer que existan, no existe ninguna obligación de hacerlo²⁶⁶. Sin embargo, esta alternativa sugiere reconocer que no existen obligaciones para con las generaciones futuras, lo que fue descartado en el capítulo anterior. Asimismo, no resulta del todo claro que la inexistencia para seres futuros que se deriva de tal tesis, no perjudique a nadie.²⁶⁷

Pero volvamos al *caso de Pedro (caso V)*. Aquí las opciones son dos: o se acepta la Teoría de los Dos Niveles (T2N), o se apela a la Teoría de la No diferencia (TND). Si se acepta la T2N, tesis a la que adhiere el principio del daño, se debe sostener que la realización de la actividad contaminante no es incorrecta, y por tanto no existen razones para prohibirla. La razón es que la tesis que se corresponde con este principio, debe sostener que aunque se produjo un perjuicio a las personas que efectivamente vivirán en el futuro, no podía haberse realizado ninguna acción que fuera mejor para ellas. Es esta la razón que explica por qué los argumentos en torno al daño no pueden dotar de justificación a la prohibición de realizar acciones que pueden afectar a las generaciones futuras. Asimismo explica por qué la T2N no da una respuesta satisfactoria que sea concordante con algunas de las intuiciones más firmes de las personas. Esta tesis, al igual que el principio del daño (o el concepto de bien jurídico)

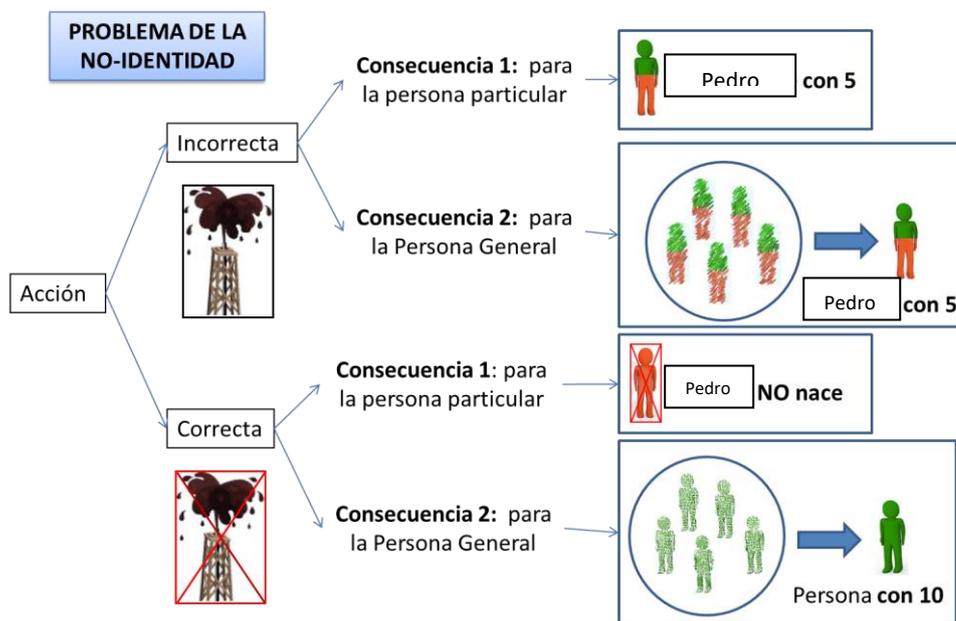
²⁶⁵ Consideraciones similares podrían hacerse entorno al concepto de Bien Jurídico.

²⁶⁶ Rivera López, Eduardo (2011), "Responsabilidad Procreativa y el Problema de la No Identidad" en: Él mismo, *Problemas de Vida o Muerte. Diez ensayos de bioética*, Madrid, Marcial Pons, pp.93-123, p. 94

²⁶⁷ Gascón Abellán, Marina; de Lora, Pablo (2008) *Bioética: principios, desafíos, debates*, Madrid, Alianza, p. 106.

en sus versiones liberales, apela a los intereses de las personas que se ven afectadas por nuestros actos. Sin embargo, tal cosa es imposible en determinados contextos intergeneracionales.

Si se piensa que son malos los efectos de acciones tales como contaminar un río, deforestar bosques tropicales, enterrar residuos radiactivos o realizar pruebas nucleares en zonas totalmente desérticas sin ningún riesgo para ser viviente actual alguno, y se quieren cuestionar tales acciones, se debe adoptar otra teoría. Derek Parfit sostiene que se debe apelar a la Tesis de la No-diferencia (TND), según la cual para juzgar la corrección o la incorrección de un acto se deben comparar conjuntos de vidas posibles. Esta posición no prescinde totalmente del concepto de daño. Sólo que en lugar de referirse al menoscabo sufrido por una persona particular, apela al que padece una *persona general*. Desde la TND es posible argumentar que lo que justifica una prohibición penal destinada a proteger a las generaciones futuras es la afectación a un persona general. En el *caso de Pedro (caso V)* esa *persona general* es la compuesta por los hijos que efectivamente tuvieron los trabajadores de la empresa petrolera y los que podrían haber tenido.



Desde la TND una acción será incorrecta y podría existir alguna razón para prohibirla si, a consecuencia de nuestros actos, aquellos que vivirán en uno de los dos escenarios futuros posibles tienen una peor calidad de vida que la que tendrían aquellas personas que habrían vivido en el otro escenario. Así, aunque la censura penal de la realización de actividades contaminantes como las descritas, no podrá proteger a los seres concretos que se querían proteger –Pedro; la prohibición está justificada en la medida en que contribuye a que no se

afecte a la *persona general* compuesta por Pedro (*Caso V*) y los otros posibles hijos concretos que sus progenitores podrían haber tenido. Si tal *persona general* no es afectada, siempre será posible que los hijos de Juan y María (*Caso V*), puedan nacer sin una malformación o discapacidad, o sin la seguridad de tener que morir alrededor de sus 15 años, a causa de los efectos contaminantes de la actividad petrolera a la que sus progenitores se vieron expuestos.

6. PROBLEMAS DE LA TEORÍA DE LA NO-DIFERENCIA (TND)

La propuesta que parte de la TND apela a las consecuencias de los actos para la *persona general*. Así, en los casos de la explotación petrolera, por ejemplo, si se realiza la acción incorrecta, es decir aquella que está destinada a evitar la prohibición penal, como consecuencia se afectará a la persona general compuesta por todos los posibles hijos de los trabajadores de tales zonas. De modo que si la prohibición surte efectos y disuade a las personas de que realicen las acciones incorrectas, entonces la persona general no será afectada y por tanto, la posibilidad de que nazcan personas sin malformaciones o enfermedades no se verá truncada.

En principio, la construcción en torno a la afectación de una *persona general* proporciona una guía para identificar razones que puedan justificar prohibiciones penales destinadas a proteger a las generaciones futuras. Además, es concordante con las conclusiones alcanzadas en el capítulo anterior. La versión revisada –impersonal– de la tesis scanloniana proponía que cuando uno se pregunta por aquellos principios que nadie podría razonablemente rechazar, es posible apelar a razones imparciales. Estas razones aceptan la afirmación de que una de dos consecuencias puede ser *impersonalmente* peor en el sentido que implica una *razón imparcial*, cuando todos tendrían razones imparciales para preferir la otra consecuencia.²⁶⁸ En el caso de las generaciones futuras, para explicar por qué ciertas políticas son incorrectas (o determinadas acciones deben prohibirse), se debe apelar a las mejores vidas que podrían ser vividas por las personas que podrían haber existido luego, si se hubiera actuado diferente.²⁶⁹ Por tanto desde este punto de vista, en concordancia con la solución propuesta desde la TND, no se apela a lo que sería malo para una persona particular, sino a aquello que todos tendrían razones para preferir desde un punto de vista imparcial. La aceptación de este tipo de razones, para afirmar qué es *lo que nos debemos los unos a los otros*, provee un fundamento más sólido para explicar por qué determinadas acciones deben

²⁶⁸ Ídem, p. 238

²⁶⁹ Ídem, p. 239

estar censuradas con el fin de proteger a las generaciones futuras. Así, se puede afirmar que todos tienen una razón imparcial para no rechazar un principio que implique que es incorrecto afectar a una persona general, dado que de ese modo las personas particulares integrantes de la persona general en cuestión podrían tener una mejor vida, que las que habrían existido si se hubiera actuado de otro modo.

Sin embargo, la TND y el concepto de *persona general* no son del todo satisfactorios. Tal y como fue presentado el concepto de persona general, termina comparando conjuntos de vida posibles, lo que presenta una serie de inconvenientes. Así, en *el caso de Pedro (caso V)* se compara la vida de él con la de los otros posible hijos de Juan y María. Los problemas son los siguientes. En primer lugar, si se acepta que es incorrecto realizar una acción que ocasione el nacimiento de un ser con una capacidad por debajo del *standard* (o con una muerte prematura), es porque se piensa que los actos –para no merecer reproche– deben tratar de que sus consecuencias generen el mejor estado de cosas posible. Si esto es así, ¿cuál sería el argumento para reprochar modificar genéticamente a los niños? Aún más, ¿no sería reprochable no hacerlo, cuando las opciones de llevar a cabo tal procedimiento están disponibles? Esta tesis, asimismo, lleva a consecuencias tales como hacer de la reproducción, por ejemplo, un acto obligatorio.²⁷⁰ El segundo problema se refiere a que la TND, al menos en la versión que fue presentada, supone que en el futuro vivirá la misma cantidad de personas se haga lo que se haga. Así, en el *caso V* por ejemplo, se ha dicho que la *persona general* “hijo de Juan y María” estaba compuesta por la persona particular “Pedro” y el otro posible hijo de ellos. Tal afirmación sólo tiene sentido si al pensar en el “hijo de Juan y María” como *persona general* se lo hace en el sentido de “*primer* hijo de Juan y María” donde sea quien sea éste, siempre será uno y el primero. El concepto de *persona general* debe ser revisado cuando se buscan soluciones a casos atravesados por el problema de la no-identidad, donde las consecuencias de los actos afectaran o provocarán la existencia no sólo de distintos sujetos sino también diferente número de personas.

²⁷⁰ Gascón Abellán, Marina; de Lora, Pablo (2008) *Bioética: principios, desafíos, debates*, Madrid, Alianza, p.100 La TND parece que impone el deber de crear las vidas más felices posibles. En casos como, por ejemplo aquellos donde es posible manipular genéticamente un embrión a implantar, tal tesis impondría “*generar todos los embriones que sean posibles durante la vida fértil de una mujer para, finalmente, implantar aquel de «mejor calidad», o practicar abortos selectivos en busca del mejor hijo*” (Gascón Abellán, Marina; de Lora, Pablo (2008) *Bioética: principios, desafíos, debates*, Madrid, Alianza, p.101). No parece plausible –ni conveniente– aceptar tales consecuencias, que el propio Parfit, no duda en calificar de *repugnante*. (Parfit, Derek (1984) *Reasons and Persons*. Oxford, Clarendon Press, p.387 y ss.)

7. NO DOMINACIÓN Y PROBLEMA DE LA NO IDENTIDAD

No obstante la existencia de estos problemas, la TND proporciona una base propicia para la solución del problema de la no-identidad en referencia a las prohibiciones penales. Cuando se afecta a la *persona general*, se provoca no sólo que nazca una persona particular con enfermedades o malformaciones, o con una esperanza de vida baja, integrante de ella, en lugar de que nazca otra persona particular en mejores condiciones. Tal afectación priva a cualquier persona que alguna vez pueda existir de tener capacidades no disminuidas. El hecho de privar a cualquier persona futura de la posibilidad de tener al menos capacidades *estándar*, puede ser catalogado como una consecuencia mala. Como ya se analizó, esa consecuencia no es mala para nadie, pues para cualquier persona que alguna vez exista, el estado de cosas malo será el mejor para ella. No obstante, si esto es así, por más que ese estado de cosas malo —o condición dañina en la terminología de Feinberg²⁷¹— sea el mejor para cada persona particular, las posibilidades de vida de las personas futuras dependen de las acciones de las personas presentes. Éstas tienen un poder que puede ser catalogado como de dominio sobre ellas, dado que lo que pase con las personas futuras (aún si no las daña) depende de la completa voluntad de las personas presentes.

Una prohibición penal destinada a proteger a las generaciones futuras, puede encontrar su razón de ser en la capacidad que posee para fomentar la existencia de un estado de cosas donde los miembros de las generaciones presentes no decidan sobre las opciones de vida de los seres futuros (no dominen a los de las generaciones futuras). Es decir que contribuyan a fomentar la existencia de un *status* donde las opciones de cada persona de gobernar sus vidas conforme a sus propias decisiones —sea quien sea esta persona futura— no sean diferentes (menores) que las que podría tener cualquier persona si los miembros de la generación presente no hubieran menoscabado un *recurso* necesario para ello. Esto quiere decir que las prohibiciones penales destinadas a proteger a las generaciones futuras estarían justificadas, ya que pretenden fomentar que cada persona que alguna vez pueda existir, pueda ser el único autor de su vida sin que acciones realizadas por la generación pasada puedan hacer que determinadas opciones que cualquier persona podría tener, ya no estén disponibles o sean más

²⁷¹ Feinberg, Joel (1988) *Harmless Wrongdoing: The Moral Limits of Criminal Law IV*, New York, Oxford University Press, p. 27

costosas. En otros términos, que pueda gozar del *status no-dominado* necesario para poder gobernar su vida de acuerdo a sus propias decisiones.²⁷²

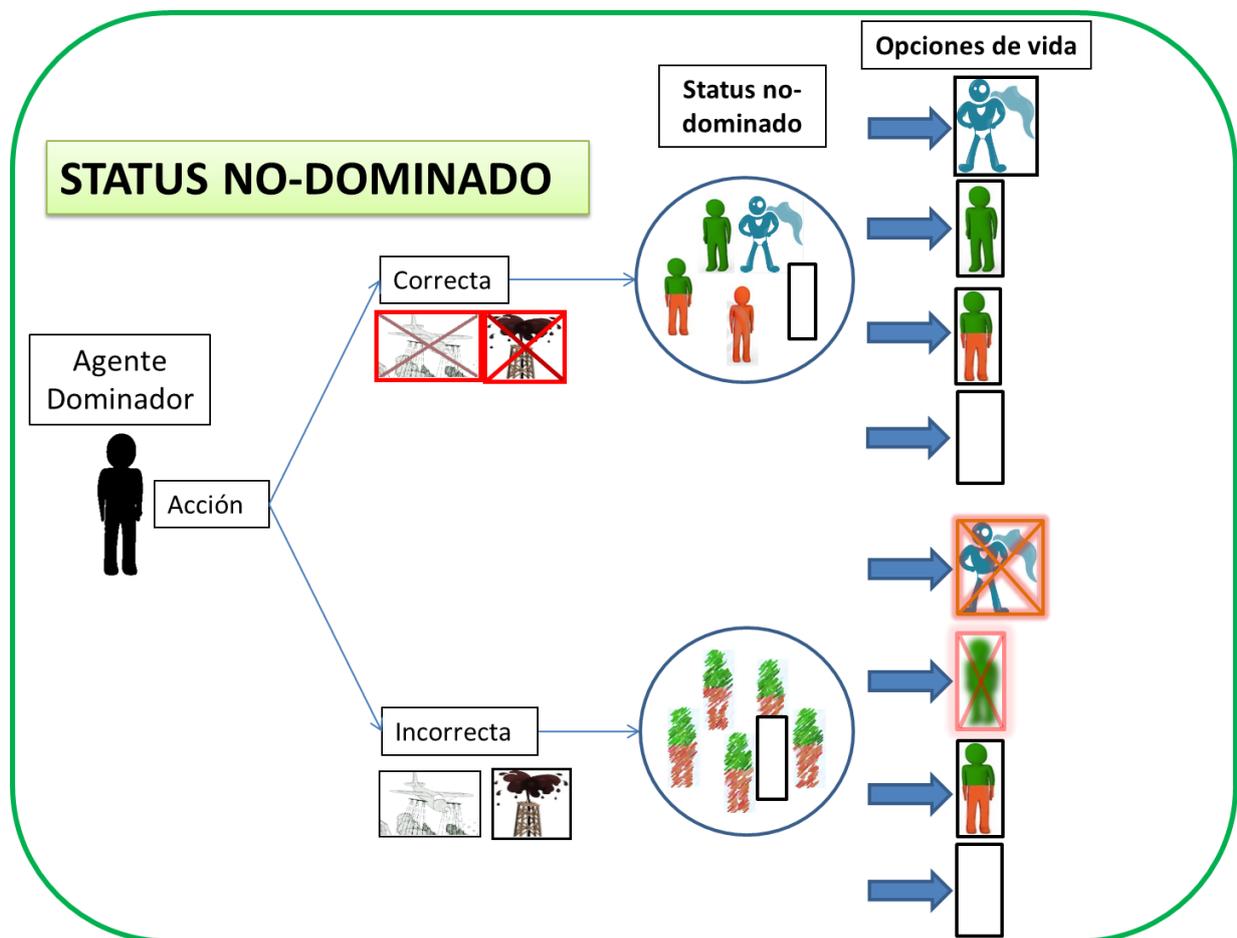
En el contexto del problema de las generaciones futuras, la existencia de la idea de un *status no-dominado* es diferente del concepto de persona general. El concepto de persona general permite comparar conjuntos de vidas posibles y afirmar que es mejor que la persona particular integrante de ella que nazca lo haga en mejores condiciones que otra persona particular integrante de ella que haya podido nacer. En cambio, con el *status no-dominado* no se realiza tal comparación: en realidad el concepto de *status no-dominado* es compatible incluso con que nunca nazca ninguna persona, siempre y cuando se mantengan abiertas las posibilidades de que puedan nacer personas futuras no dominadas. La búsqueda del *status no-dominado* no se refiere a ningún menoscabo ni empeoramiento de ninguna condición anterior, sino sólo a fomentar que las personas puedan ser autoras de sus propias vidas. Que no tenga nadie que vivir a merced de otro.²⁷³

Una prohibición penal destinada a fomentar la existencia de un *status no-dominado* para cualquier ser futuro que alguna vez pueda existir, sólo pretende que se mantenga vigente la opción de nacer en un mundo no dominado por una acción pasada. En síntesis, la importancia de erigir la existencia de un *status no-dominado* de cualquier persona como fundamento de una prohibición penal destinada a proteger a las generaciones futuras, radica en que si la prohibición no existiese, y por tanto determinadas acciones no fueran reprochables, las personas que naciesen verían que les resultaría más costoso poder ser

²⁷² En el mismo sentido Philip Pettit, aunque no analiza en sus escritos el problema de la no-identidad en profundidad, sugiere que el entendimiento republicano de la libertad puede ayudar a resolver tal inconveniente. Afirma en una ilustrativa nota a pie de página: “*En este punto, tenemos razones para pensar que no sólo es bueno, asumiendo que hay personas alrededor, que nadie debe dominar a los demás, y que nadie debe viciar la capacidad no-dominada de nadie, sino que es bueno que haya personas alrededor que puedan disfrutar de las relaciones mutuas no dominadas (...)* La adopción de este punto de vista ayudaría a la teoría republicana para hacer frente a algunos de los complejos problemas que se plantean en la teoría de la población como consecuencia del problema de la no-identidad” (Pettit, Philip (2012) *On the People’s Terms: a Republican Theory and Model of Democracy*, Cambridge University Press, p.184)

²⁷³ Dado que se entiende por no-dominación la ausencia de poder de disposición de un ser sobre las elecciones de vida de otro, la objeción –articulada por M. Rodilla– que afirma que en contextos intergeneracionales la evitación de tal circunstancia es imposible, no es plausible. Si bien es verdad que uno podría afirmar que en todo caso las opciones de vida de las personas futuras dependen de las elecciones y acciones presentes, las prohibiciones penales destinadas a fomentar el *status no dominado* de las personas tienden a promover la existencia de un estado de cosas donde la posibilidad de que cada sujeto gobierne su vida de acuerdo a sus decisiones no sea menor que la que habrían tenido si las personas presentes hubieran obrado de otro modo. No se trata de que a causa de la prohibición se perjudique o se beneficie a una determinada personas, sino de promover que exista un estado de cosas donde cada ser que alguna vez nazca pueda ser autor de su propia vida.

autoras de sus propias vidas. La posibilidad de cada ser futuro de gobernar su vida conforme a sus propias decisiones sería menor que las posibilidades que tendría (ese ser o cualquier otro), en un mundo donde tales prohibiciones existan. Cuando la prohibición no es respetada, las opciones disponibles de los seres futuros son determinadas por otro sujeto. Éste, determina la vida del futuro ser, ya sea eliminando algunas opciones o sumándole otras. El fomento del *status no-dominado* pretende evitar no sólo que alguien se arroge el derecho de eliminar opciones de vida, sino también el de adicionar –de manera arbitraria– algunas. Tanto en uno como en otro caso las opciones de vida del ser futuro han sido determinadas por el agente dominador.²⁷⁴ El siguiente gráfico esquematiza el resultado de esta reflexión:



El concepto de *status no-dominado* permite justificar la existencia de prohibiciones penales destinadas a proteger a las generaciones futuras. Y eso no sólo en supuestos atravesados por el problema de la no-identidad, sino en toda clase de casos. En aquellos donde

²⁷⁴ Se impone una aclaración. Lo expuesto no implica cercenar la posibilidad de que alguien nazca con atributos o aptitudes superiores a lo “normal”, sino sólo que tal situación no ocurra por un acto deliberado de alguien. De ser así, las personas verían su autonomía menoscabada ya que serían producto (y sus opciones de vida también), de la decisión de otro ser.

puede darse el problema de la no-identidad, una legislación que tienda a fomentar tal status promueve la existencia de un estado de cosas tal que ninguna de las personas que alguna vez pueda nacer, encuentre que las opciones de gobernar su vida conforme a sus propias decisiones hayan sido condicionadas por las acciones de otro ser. Además, no necesita comparar conjuntos de vidas posibles, ya que el concepto de *status no-dominado* es compatible con que ningún ser nazca en el futuro. Tampoco compara menoscabos experimentados por una persona particular. La protección del *status no-dominado* sólo tiende a evitar que alguien se arrogue el derecho de dirigir o condicionar las posibilidades de vida de un ser futuro. En los casos *II* y *V*, la justificación de una prohibición penal destinada a proteger a las generaciones futuras, se encontraría en el hecho de que sería una herramienta para ayudar a impedir que quienes exploten una reserva petrolera de manera contaminante produzcan un estado de cosas tal, que los seres que nazcan en el futuro vean sus opciones de vida condicionadas. Pero el criterio del fomento del *status no-dominado* de cualquier persona sirve también para justificar prohibiciones penales en supuestos no atravesados por el problema de la no identidad. En el *caso I*, por ejemplo, la prohibición de fumigar con pesticidas en zonas aledañas a centros poblados contribuye a que los niños que ya estaban concebidos no vean que sus opciones de dirigir su vida de acuerdo a sus propias decisiones se vea menoscabada por acciones de terceros. Consideraciones similares pueden esgrimirse para casos como el del sujeto que pretendía hacer explotar una maternidad, donde lo que está en juego es la no dominación de las generaciones futuras, sin que se vean afectadas por el problema de la no identidad.

8. VENTAJAS DE LA SOLUCIÓN PROPUESTA

a. ACEPTABILIDAD POLÍTICA

La primera ventaja de la argumentación propuesta radica en que, además de dar una solución satisfactoria al problema referido a la corrección o incorrección de las acciones que pueden afectar a las generaciones futuras, permite que tal criterio de corrección o incorrección moral sirva para justificar una prohibición penal. Para dar este paso de “lo moral” a “lo político”, el criterio a utilizar debe ser consecuente con el postulado que establece que los Estados sólo pueden intervenir de manera coactiva en la vida de las personas para impedir una acción que afecte la posibilidad de que otro sujeto gobierne su vida de acuerdo a sus decisiones. Para un Estado liberal, a diferencia de uno perfeccionista o moralista, la mera inmoralidad de una conducta no ofrece razones para desincentivarla mediante el diseño de

instituciones públicas.²⁷⁵ La solución propuesta se enmarca en la filosofía política republicana, que –como se ha visto– también recurre a la idea de libertad para el diseño de instituciones públicas. Sin embargo, la entiende como no dominación. Habrá dominación, y por tanto restricción de libertad, no sólo cuando un sujeto interfiera arbitrariamente en determinadas elecciones que otro pueda realizar, sino también cuando tiene capacidad para interferir de modo arbitrario, de modo que controle sus opciones de vida. Esta idea de libertad resulta más satisfactoria, ya que permite dar cuenta de los casos en que existe dominación en ausencia de interferencia. En este sentido, en referencia a la justificación de prohibiciones penales destinadas a proteger a las generaciones futuras, en casos no atravesados por el problema de la no-identidad, el ideal republicano de libertad como “no dominación” parece mejor preparado que las concepciones liberales de libertad. Esto, dado que lo que le interesa al republicanismo no sólo es evitar la interferencia actual, sino “asegurarse” de que ella no es accesible sin costos para el que la profiere²⁷⁶.

La prohibición de conductas que dañen el ambiente (como en el caso de la explotación petrolera) y, por tanto, afecten a las generaciones futuras, se justifica porque –de ese modo– se contribuye a que no se menoscabe el estado de cosas existente y necesario para que las personas futuras puedan gobernar sus vidas conforme a sus propias decisiones. En palabras de Pettit, “*la libertad requiere la independencia de la voluntad de los demás, incluso de la buena voluntad de los demás*”.²⁷⁷ La prohibición penal contribuye a fomentar el *status no-dominado*, necesario para que las opciones de vida de cualquier persona no hayan sido pre-diseñadas, menoscabadas o condicionadas por la acción de cualquier sujeto. Por lo demás, la respuesta republicana debiera ser aceptable para los pensadores liberales, dado que satisface su creencia en que el derecho penal posee el “*objetivo de garantizar el derecho a que el único que pueda disponer sobre el ámbito de la vida de una persona sea el propio titular*.”²⁷⁸

b. JUSTIFICACIÓN NEUTRAL

La segunda ventaja radica en que la solución de justificación propuesta no se compromete con ninguna noción meta-ética y metafísica. Esto es importante porque si no

²⁷⁵ Seleme, Hugo (2012) “La Maternidad por Subrogación y los Límites a la Autonomía”, en *Revista jurídica LA LEY* 18/01/2013, p. 12

²⁷⁶ Debo este punto al profesor Hugo Seleme

²⁷⁷ Pettit, Philip (2012) *On the People’s Terms: a republican theory and model of democracy*, Cambridge University Press, p.184

²⁷⁸ Peralta, José (2013) “Homicidios por Odio como Delitos de Sometimiento” en: *InDret*, 4/2013, Barcelona, pp. 1-27, p. 12

fuera así, podría catalogarse a nuestra propuesta como una de tipo *perfeccionista*. Las prohibiciones penales destinadas a proteger a las generaciones futuras, cuando se fundamentan en el fomento del *status no-dominado* de cualquier agente, encuentran una justificación neutral. Esto quiere decir que la justificación de las normas no está comprometida con la superioridad o inferioridad de una determinada concepción de la vida buena. Esto es así porque el fomento de la existencia de un *status no-dominado* no favorece a ninguna forma de vida. Todo lo contrario, se caracteriza por posibilitar que cualquier forma de vida humana –sea la que fuere– pueda desarrollarse sin injerencias externas. Si no existiesen censuras penales a conductas cuyas consecuencias puedan afectar a las generaciones futuras, de modo que determinadas opciones no se encontraran disponibles o fueran más costosas, tal esquema institucional estaría favoreciendo ciertas formas de vida frente a otras, en particular la que no requiere aprovechar tales opciones. Asimismo, si se aumentara el abanico de opciones por la acción deliberada de algún sujeto, las posibilidades de vida del ser futuro afectado no podrían reputarse libres, ya que fueron diseñadas y por tanto caen bajo el control de otro agente.

La justificación propuesta satisface el requisito de neutralidad metafísica que tanto le preocupa a las posiciones liberales en la justificación de las instituciones. Este tipo de neutralidad implica que la justificación de las normas y políticas públicas no debe depender de ninguna concepción filosófica sobre la naturaleza humana, sobre la identidad personal o sobre la naturaleza del yo. Hugo Seleme da cuenta de la importancia de este asunto reconstruyendo el argumento que Michael Sandel²⁷⁹ lanza contra la propuesta rawlsiana de neutralidad:

si las personas son entendidas como Rawls lo hace [esto es como yo-desvinculado] entonces son concebidas como individualizadas con anterioridad a su participación en la vida comunitaria, lo que implica que los lazos comunales, así como el bien de la comunidad, no sean tomados como constitutivos de la identidad personal, sus juicios morales fundados en sus concepciones del bien sean tomados como meras expresiones de preferencias, y como consecuencia de lo anterior, que la concepción de justicia de Rawls no sea neutral, como pretende entre las distintas concepciones de lo bueno.²⁸⁰

El problema al que uno debe enfrentarse, que se desprende de la reconstrucción esbozada del argumento de Sandel es el siguiente: una justificación de determinadas normas que no caiga en postulados perfeccionistas o moralistas, no debe favorecer ninguna

²⁷⁹La crítica es esgrimida en: Sandel, Michael (2000 [1982]) *El liberalismo y los límites de la justicia*, Barcelona, Gedisa, [trad. María Luz Melón]

²⁸⁰ Seleme Hugo O. (2004) *Neutralidad y Justicia: en torno al liberalismo político de John Rawls*, Madrid, Marcial Pons, p. 164

concepción de “vida buena”. Además, una justificación moral de normas penales “*que no esté sustentado en ninguna doctrina metafísica en particular, permitirá que personas que estén comprometidas con distintas posiciones metafísicas puedan igualmente aceptarlas como pautas públicas para regir su vida en común.*”²⁸¹ Las tesis liberales, entre ellas la de Rawls, se preocupan por tal extremo. Sin embargo Sandel argumenta que el empeño de Rawls fracasa porque se compromete con un concepto metafísico de persona, del cual se deriva que su propuesta no puede aportar justificaciones neutrales en el diseño de las instituciones. En este punto, no tendría sentido discutir si la crítica de Sandel a Rawls es correcta o no lo es.²⁸² De lo que se trata es de señalar que la justificación de prohibiciones penales basada en el fomento de un *status no-dominado* de los sujetos puede considerarse neutral en el sentido no sólo de no favorecer ningún ideal de “vida buena”, sino también en el de no verse comprometido con un concepto metafísico de persona. De hecho tanto el concepto de persona que Sandel le atribuye a Rawls, como el propio de Sandel pueden tener cabida en el esquema propuesto sin verse ninguno de ellos ni favorecido ni perjudicado. La justificación propuesta permite que personas comprometidas con posiciones metafísicas diversas puedan aceptarla como pauta para guiar su vida.

Alguien que estuviera comprometido con una concepción de persona entendida como yo desvinculado –tal como Sandel le atribuye a Rawls–, esto es, con entender a la persona como una entidad que existe con anterioridad a sus fines o donde la religión que profesa o la comunidad a la que pertenece no son parte de su identidad, debería resultarle convincente la construcción aquí propuesta. Pues, la existencia de un *status no-dominado*, permitiría a cualquier persona elegir de acuerdo a sus propias consideraciones los destinos de su vida, incluyendo dentro de ellos la elección de su religión o la pertenencia a una determinada comunidad. Asimismo, la justificación propuesta se presenta como neutral y por tanto da cabida en igual medida a otras concepciones metafísicas de persona, tales como las que el propio Sandel defiende. Este autor da importancia al carácter recibido de las capacidades y los logros humanos. Para él, el estado en que cada uno viene al mundo es un *don*, algo que no

²⁸¹ Ídem, p. 241

²⁸² Hugo Seleme no está de acuerdo con la reconstrucción de Sandel. En referencia a la concepción rawlsiana afirma: “*lo que esta concepción sostiene es que, seamos o no sujetos autónomos dotados de la capacidad de elegir alterar nuestros fines, deberíamos, en nuestras relaciones interpersonales, tratarnos como si lo fuésemos, porque tratarnos de este modo es algo valioso. Esta reconstrucción independiza la tesis normativa que afirma el deber de tratarnos como sujetos que respetan su autonomía, de la tesis metafísica que afirma que somos sujetos autónomos.*” (Seleme Hugo (2004) *Neutralidad y Justicia: en torno al liberalismo político de John Rawls*, Madrid, Marcial Pons, p. 351). No encuentro objeciones a que esta noción tenga cabida dentro de la propuesta aquí realizada.

debe elegirse²⁸³. Lo que uno es, su religión, los lazos comunitarios, pueden ser algo “recibido” que debe protegerse de actitudes de control. Dado que la justificación de prohibiciones penales en el fomento del *status no-dominado* de las personas lo único que pretende es que nadie tenga poder de control y dominio sobre otros, puede considerarse como neutral respecto de la concepción de Sandel, ya que respeta y admite la noción de que las capacidades y logros humanos son un don, y por tanto algo constitutivo de su identidad²⁸⁴.

c. RESPUESTA AL TRILEMA DE FEINBERG

Según se ha analizado en el capítulo II, Joel Feinberg proponía el *principio del daño* como justificación de prohibiciones penales. En ese capítulo y el siguiente, se esbozó una manera de compatibilizar tal criterio con el concepto de bien jurídico defendido desde las posiciones continentales. Antes de proponer el propio criterio republicano, se vio que la relevancia de tales construcciones radicaba en poder presentar una justificación de prohibiciones penales que permanezca libre de esquemas moralistas y perfeccionistas. Su importancia radicaba en que eran criterios que se orientaban a salvaguardar la posibilidad de que cada persona gobierne su vida conforme a sus propias decisiones.

Cuando Feinberg se enfrenta al problema de la no-identidad reconoce que son incorrectas las acciones que crean a un ser con enfermedades o malformaciones o con una vida que de ante mano se sabe que será muy corta. Aún más, que las consecuencias que se derivan de tales acciones pueden ser catalogadas como malas.²⁸⁵ Sin embargo, aunque acepta que las personas (o las empresas) que realizan tales acciones puedan ser culpadas por introducir cierto mal en el mundo, no puede decirse que hayan dañado a una persona o violado sus derechos.²⁸⁶ Esto porque, según su punto de vista, no existe un empeoramiento en una condición previa que el sujeto que “está en una condición dañada” haya experimentado

²⁸³ Sandel, Michael (2007) *Contra la Perfección: la ética en la era de la ingeniería genética*, Barcelona, Marbot [trad. Ramon Vilà Vernis], pp. 129-130

²⁸⁴ Consideraciones similares podrían hacerse respecto de la conceptualización realizada por Habermas. El autor alemán resalta la importancia de que las personas se vean como autores de sus propias vidas, lo que sólo puede tener lugar cuando las acciones que realicen le son imputables. Tal extremo sólo puede tener lugar cuando las opciones de vida o, más precisamente, determinadas opciones de vida no han sido ni fomentadas ni condicionadas por nadie. Una prohibición penal que tienda a fomentar el *status no-dominado* de cualquier persona puede dar cuenta de esta visión. Afirma Habermas: “*Es indudable que la persona sólo puede verse como autor de acciones imputables y fuente de pretensiones auténticas si supone la continuidad de un sí mismo que se siente idéntico consigo mismo a lo largo de su propia biografía*” (Habermas, Jürgen (2002[2001]) *El Futuro de la Naturaleza Humana: ¿hacia una eugenesia liberal?*, Barcelona, Paidós [trad. R.S. Carbó] pp. 82-83)

²⁸⁵ Feinberg, Joel (1988) *Harmless Wrongdoing: the moral limits of criminal law IV*, New York, Oxford University Press, p 28.

²⁸⁶ Ídem, p. 28

como causa del obrar de alguien. Sin embargo, una vez que reconoce que los casos atravesados por el problema de la no-identidad son los más difíciles contraejemplos para la posición liberal que él sostiene,²⁸⁷ Feinberg afirma que sólo es posible tomar una de tres opciones.

La primera (1) consiste en “*ampliar [la] concepción de agravio de manera que cubra el caso en el que una persona experimenta una ofensa injustificada y comprensible contra un incidental benefactor malicioso,*²⁸⁸ *a pesar de que él no ha sido, al final de cuentas, perjudicado o agraviado personalmente por esa persona malvada.*”²⁸⁹ Sin embargo, esta opción, afirma Feinberg, sólo puede ser construida sobre la base de alguna fundamentación moralista, que permita convertir en delito ciertos tipos de comportamiento incorrecto injustificable, incluso cuando no exista una víctima real.²⁹⁰ La segunda opción (2), es mantenerse firme en la posición que afirma que desde las posiciones que justifican prohibiciones penales sólo cuando las acciones violan los requisitos propios de una moral intersubjetiva como la propuesta desde el liberalismo, tales como las que utilizan *el principio del daño* (o el concepto de bien jurídico), no pueden legítimamente criminalizarse casos donde esté presente el problema de la no-identidad.²⁹¹ La tercera (3) es aceptar que tales casos son claramente una excepción categorial a los principios liberales. De acuerdo con esta tercera opción, las posiciones liberales sólo pueden ser aplicadas a los casos pertenecientes al mundo post-natal, mientras que en las acciones referidas a traer a la existencia a un nuevo ser humano puede ser legítima la legislación penal basada en alguna forma de moralismo.²⁹² Pues, ese es el único caso en el que la determinación del daño requiere comparar una determinada condición con la no existencia. Dado que es el único caso, no es sorprendente que requiera un tratamiento especial.²⁹³ Las tres propuestas de Feinberg nos colocan delante de un trilema poco

²⁸⁷ Ídem, p.325

²⁸⁸ La expresión “benefactor malicioso” se justifica desde que quien comete la acción de generar un ser con malformaciones, por ejemplo –ya sea de manera dolosa o imprudente– realiza una acción incorrecta que puede ser indicadora de su malicia. Sin embargo, dado que una vida en tales condiciones, es una que vale la pena ser vivida, el hecho de haber sido traído al mundo puede considerarse como un beneficio.

²⁸⁹ Feinberg, Joel (1988) *Harmless Wrongdoing: the moral limits of criminal law IV*, New York, Oxford University Press, p. 326

²⁹⁰ Ídem, p.326

²⁹¹ Ídem, p.326

²⁹² Ídem, p.327

²⁹³ Ídem, p. 327. Esta parece ser la posición adoptada por Buchanan, Brock, Daniels, y Winkler cuando afirman: “*No rechazamos el principio M. En casos típicos de daño en los que un individuo diferenciado acaba en peor situación, los principios morales más directamente aplicables son los que afectan a la persona. Nosotros sólo afirmamos que una teoría moral adecuada debería incluir también principios que no afecten a la persona, como*

alentador. Si se acepta (1), entonces todo el esfuerzo por encontrar un criterio que esté libre de posiciones moralistas y perfeccionistas ha sido infructuoso. Si se acepta (2), sencillamente el *problema de la no-identidad* –en cuanto a las prohibiciones penales– queda sin solución. La aceptación de (3), por su parte, parece una forma apresurada de escapar ante una situación complicada mediante una solución *ad hoc*.

La justificación aquí propuesta, es decir aquella que apela a fomentar el *status no-dominado* de los sujetos, no cae en el trilema planteado por Feinberg. Puede dar una solución que no sea la propia de esquemas moralistas o perfeccionistas y que a su vez no sea una mera excepción a un principio general. En primer lugar, respecto del último punto, el criterio que hemos propuesto para justificar prohibiciones penales no sólo puede ser utilizado en supuestos atravesados por el problema de la no-identidad, sino que es el criterio que debe usarse para justificar cualquier tipificación penal. Como se ha analizado, las tipificaciones penales destinadas a fomentar el *status no dominado* de las personas son la manera correcta con la que los Estados pueden garantizar que las personas sean autoras de sus propias vidas, sean estas presentes o futuras.

Segundo, –y más importante– no cae en esquemas moralistas. Una prohibición penal que tiende a fomentar el *status no-dominado* de las personas está destinado a regular relaciones intersubjetivas y por tanto la censura a que somete determinadas actividades son parte de aquello que se ha llamado moral intersubjetiva, con lo que quedan fuera justificaciones de tipo perfeccionista y paternalista. No se reprocha que alguien sea un “dominador” sino que los sujetos no sean capaces de realizar actos de dominación. En los supuestos atravesados por el problema de la no-identidad aun cuando el fomento de tal estado de cosas sea compatible con que, tal vez, nadie nazca, garantiza que quién lo haga no vea su vida diseñada o condicionada por otro sujeto.

Tercero, incluso si para las personas particulares que se querían proteger, tal vez, el estado de cosas que se les presenta, cuando no han existido prohibiciones penales destinadas a protegerlas fuera el mejor para ellas, puede –de todos modos– decirse que es malo. Las víctimas, incluso en los casos atravesados por el problema de la no-identidad, de tales actos están dominadas. Sus opciones de vida, han sido condicionadas por la acción del sujeto

N.” (Buchanan, A; Brock, D; Daniels, N; Winkler, D. (2002) *Genética y Justicia*, Madrid, Cambridge University Press, [Trad. C. Piña], p. 233) Para ellos, de M se desprenden consecuencias análogas a las propias del principio del daño en la versión de Feinberg. En tanto que de N se derivan las propias de la *teoría de la No diferencia*, de Parfit.

pasado que ha menoscabado un recurso necesario para que quien naciera o cualquier otra persona que lo hubiese hecho en su lugar (incluso si nadie hubiese nacido) pueda gobernar su vida conforme a sus propias decisiones.

En resumen, puesto que una prohibición penal puede fomentar la existencia de un estado de cosas (el *status no-dominado*) donde cualquiera que nazca no se vea sometido a la voluntad arbitraria de otro, tales censuras pueden justificarse moralmente. Este criterio es aplicable no sólo a los supuestos atravesados por el problema de la no-identidad, sino también al resto de las prohibiciones penales, si han de estar moralmente justificadas. Cualquier acción que coloque a una persona con la capacidad de interferir en la vida de otro merece ser censurada, pues coarta de manera injustificada la posibilidad de que los posibles seres futuros sean los autores de su propia vida. Para proteger y permitir que cada persona cumpla con sus aspiraciones vitales –es decir que pueda gobernar sus vidas de acuerdo a sus propias decisiones, y que esas decisiones estén basadas en genuinas razones– es necesario que se encuentre en un *status no-dominado*. Las prohibiciones penales pueden y deben fomentar ese estado de cosas.

CAPÍTULO VI

DELITOS ACUMULATIVOS AMBIENTALES

*“In cases where harm is a matter of degree, sub-threshold actions are wrong to the extent that they cause harm,
and where a hundred acts like mine are necessary to cause a detectable difference I have caused 1/100 of
detectable harm”*

(Glover, Jonathan (1975) “It Makes no Difference Whether or not I do it”, *Proceeding of the Aristotelian Society, Suplem.* Vol. 49, pp. 171-190, p.174)

CAPÍTULO VI. DELITOS ACUMULATIVOS AMBIENTALES

INTRODUCCIÓN

En el capítulo II se ha visto cuáles eran los diferentes modelos de justificación de tipificaciones penales; en el III se ha propuesto el que se cree que de mejor manera puede proteger la autonomía de las personas en el marco de un Estado de Derecho. En el capítulo IV, se ha visto cómo pueden justificarse prohibiciones penales destinadas a proteger a las generaciones futuras, y en el V que esas tipificaciones tienen sentido incluso en los supuestos atravesados por el *problema de la no-identidad*. Este desarrollo estaría incompleto si no se realizara un análisis de la forma de tipificación más usual utilizada para proteger a las generaciones futuras, a saber: los delitos acumulativos, que se han definido como la prohibición de realizar conductas en sí mismas inocuas, pero que sumadas a otras de igual naturaleza puedan producir consecuencias nefastas.

El tema tiene relativa independencia respecto de la cuestión intergeneracional, dado que es posible que conductas de este tipo afecten a las generaciones presentes. Sin embargo, su estudio en el contexto intergeneracional adquiere importancia, sobre todo cuando se piensa en la protección de generaciones futuras remotas. A medida que las generaciones se van alejando en el tiempo es razonable pensar que, en la mayoría de los casos, los efectos de las acciones presentes serán menores. Por ello, si bien es cierto que una sola acción –como por ejemplo el entierro de gran cantidad de desechos radiactivos– puede menoscabar las condiciones de vida de las generaciones futuras, es más probable que el mayor costo que puedan experimentar para gobernar sus vidas conforme a sus propias decisiones, sea la consecuencia de una suma de diferentes acciones. Es decir, que las dificultades se produzcan por la acumulación de los efectos de diferentes actividades. Si esto es así y, de acuerdo con lo que ya se ha argumentado en los capítulos precedentes, si se admite que existen obligaciones para con las generaciones futuras, –aún respecto de las más remotas en el tiempo– es importante analizar por qué las tipificaciones en forma de daños acumulativos pueden encontrar justificación autónoma. De lo contrario, aunque sería posible justificar tipos penales destinados a proteger a las generaciones futuras, no podría darse una solución que tenga trascendencia práctica para la mayoría de los casos, donde las consecuencias de las acciones presentes pueden afectarlas, sobre todo a las más remotas en el tiempo. El tema tiene especial relevancia en la cuestión ambiental. Por lo que el análisis de los daños acumulativos se circunscribirá a ese tópico.

1. EL PROBLEMA DE LOS DAÑOS ACUMULATIVOS

Las tipificaciones penales dentro del marco del Estado de Derecho, históricamente han encontrado su justificación en la salvaguarda de la libertad de los ciudadanos. Como se ha visto en los capítulos III y IV, se sostiene que sólo es legítimo prohibir una conducta y amenazarla con coacción estatal, cuando la tipificación está dirigida a impedir que se pueda ver afectada la posibilidad de que otras personas puedan gobernar sus vidas conforme a sus propias decisiones. De modo que por injustificadas, se excluyen las prohibiciones penales que tengan fundamentos *perfeccionistas* y *paternalistas*, o que procedan de lo que se suele llamar *populismo moral*.

Aunque no están libres de controversias, las posiciones dogmáticas tanto alemanas, como anglosajonas –que pretenden ser respetuosas del Estado de Derecho– han justificado históricamente la censura penal de ciertas clases de conductas con apoyo en el concepto de *bien jurídico* y *principio del daño*, respectivamente. Estos criterios –recordemos– suponen que para que una prohibición penal sea legítima, debe estar dirigida a impedir una conducta que produzca un menoscabo o puesta en peligro de un recurso necesario para que los individuos puedan ser plenamente autores de sus propias vidas. Además se añade que sólo se es merecedor de reproche penal por la conducta individual que cada sujeto realiza.

Sin embargo, en las últimas décadas se ha visto que consecuencias pequeñas o imperceptibles de actos individuales pueden producir, al cabo de un tiempo, resultados catastróficos. Esto, porque sumadas a otras consecuencias de igual naturaleza pueden dañar recursos necesarios para terceros o para que las generaciones futuras puedan gobernar sus vidas conforme a sus propias decisiones. Con fundamento en estas consideraciones, se ha dicho que quien posee el potencial destructor de recursos necesarios para la vida de terceros no es ya el agente individual, sino un “actor colectivo”. Esto lleva consigo la asunción de una responsabilidad colectiva, donde la imputación de responsabilidad por daños, se reconduce a acciones mínimas. Los llamados “daños por acumulación”, específicamente los que se dan en el contexto ambiental, son una expresión de esta situación porque –*prima facie*– son conductas que en sí mismas no causan menoscabo alguno, pero que sumadas a otras de igual naturaleza producen consecuencias nefastas, pudiendo lesionar las condiciones de habitabilidad del planeta. Se ha dicho *prima facie*, porque otra posibilidad es afirmar que por pequeños que sean los efectos de los actos individuales, deben considerarse como lo suficientemente lesivos a los fines de tipificar penalmente una conducta. El siguiente caso hipotético puede ayudar a comprender el inconveniente:

Caso 1: Existe una población X en las márgenes de un río, del cual bebe agua. Esta es la única posibilidad para la población X de consumir agua potable. En un momento dado, se instala en la ribera una empresa²⁹⁴ A que arroja desechos industriales al cauce. Los residuos expelidos por A, por sí mismos, no pueden afectar a ninguno de los integrantes de la población X, dado que no son lo suficientemente abundantes como para hacer que el agua deje de ser potable. Se puede suponer que los residuos de A sólo afectan a una vigésima parte del agua, dejando la suficiente cantidad para ser bebida. Ahora bien, con el tiempo, se instala en la ribera una empresa B que arroja la misma proporción de desechos que A. Más tarde hacen lo propio las empresas C, D, E, F, G e I, y así sucesivamente. Aunque cada una de las empresas sabe que las otras arrojarán o es probable que arrojen residuos –de modo que el resultado será la contaminación total del río–, ellas no se ponen de acuerdo para hacerlo. Al cabo de un mes ése es el efecto, razón por la cual, los pobladores de X ya no pueden beber agua potable.

¿Existe alguna razón para prohibir que cada una de estas empresas se instale en las márgenes del río y arroje desechos a él? La respuesta –creo– debe ser afirmativa. Sin embargo, desde los trabajos de Kuhlen²⁹⁵, el tema no ha encontrado justificaciones que hayan estado libres de controversias.

2. SOLUCIONES CONVENCIONALES

Aunque la cuestión no se reduce al debate en torno al concepto de bien jurídico o el principio del daño –ya que también se encuentra atravesada por problemas de imputación y participación–, dado que en este trabajo interesan las razones que pueden o no existir para justificar tipificaciones penales, el foco estará puesto sólo sobre los primeros criterios. Así, con el fin de poder realizar una aproximación al estado de la discusión, a continuación, se

²⁹⁴ Ciertamente es que existe una extensa polémica sobre la posibilidad de adscribir responsabilidad penal a las personas jurídicas. Sin embargo, en este trabajo no se harán consideraciones al respecto. Así, quien esté en contra de tal posibilidad sólo tiene que remplazar la palabra empresa por sujeto o agente. En este capítulo, tales términos se utilizarán en forma indistinta.

²⁹⁵ Kuhlen, L (1986), “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung” (§ 324 StGB)” en *GA*, 1986, y Kuhlen, L (1993) “Umweltstrafrecht –auf der Suche nach einer neuen Dogmatik” *ZStW 105*, 1993 citado por Silva Sanchez, Jesús María (2006) *La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal e las sociedades post- industriales*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, p.105; y Kuhlen, Lothar (2012) “Bienes Jurídicos y Nuevos tipos de Delitos” en Robles Planas, Ricardo, *Límites al Derecho Penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Atelier, pp. 225-235, p. 227. El análisis de Kuhlen, sobre el 324 del StGB (Código penal alemán), es más bien de tipo explicativo. Pretende descubrir –en el delito de contaminación de aguas– el fundamento de la pena. Llega a la conclusión de que, tal cual como está tipificado, la coacción sólo puede sustentarse en que sería peligroso para el bien jurídico que tales acciones se repitieran de forma masiva. Sin embargo como se ha dicho ya, en el presente trabajo, no es este el objetivo que se tiene en miras; sino evaluar si es posible que dichas tipificaciones –las de conductas *prima facie* inocuas– pero masivas potencialmente destructivas, puedan encontrarse justificadas.

enuncian algunas teorías –formuladas en el marco del Estado de Derecho– sobre la justificación (y limitación) de las prohibiciones penales.

Desde una teoría *personal* del bien jurídico²⁹⁶ se niega toda legitimidad a las prohibiciones de los daños por acumulación, toda vez que las conductas prohibidas, en sí mismas, no pueden ocasionar una lesión o puesta en peligro de ningún bien jurídico. Regular con el derecho penal procesos sistémicos y macro-sociales, con la consiguiente modificación expansiva de la responsabilidad que ello implica, haría que el derecho penal perdiera sus perfiles liberales, cayendo en una exclusiva orientación preventiva, desprovista de límites garantísticos.

Por el contrario, para el sector de la doctrina que podría llamarse *modernizador* del derecho penal²⁹⁷, la protección del ambiente viene a configurarse como uno de los intereses esenciales que deben ser protegidos penalmente. La razón es que sin una prohibición, reforzada por la sanción, de las conductas que causan daños por acumulación, sería de esperar que se produjera un gran número de ellas, lo que tendría como consecuencia un menoscabo de los bienes protegidos. Sin embargo, a esta argumentación se le objeta que no tiene en cuenta ni el principio de culpabilidad, ni el de proporcionalidad entre el grado de injusto de la acción y la sanción. Ahora bien, obviando estas observaciones, estos autores afirman que lo que justifica en estos casos la imputación de responsabilidad del agente, no es sino el pronóstico de acciones futuras por parte de otros agentes. Sin embargo, tal argumento es rechazable ya que los presupuestos de imputación exigen un reproche de culpabilidad basado en un hecho lesivo individual y no en una culpabilidad colectiva.

La conceptualización del bien jurídico como posibilidad de participación del individuo en la sociedad²⁹⁸ parece más satisfactoria, para justificar la prohibición penal de los daños acumulativos sin menoscabar la libertad. Desde esta posición, basada en la idea de *cooperación intersubjetiva*, se puede legitimar la creación y protección de determinadas realidades sociales de carácter público –bienes institucionales– a partir del interés de todos

²⁹⁶ Hassemer, Winfred (2007) “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico?” en Hefendehl, Roland (ed), *La Teoría del Bien Jurídico*, Madrid, Marcial Pons, pp. 95-104; Ferrajoli, Luigi, (1989) *Derecho y razón: teoría del garantismo* penal, Madrid, Trotta; Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco (1995) *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Barcelona, Tirant lo Blanch.

²⁹⁷ Kuhlen, Lothar (2012) “Bienes Jurídicos y Nuevos tipos de Delitos” en Robles Planas, Ricardo, *Límites al Derecho Penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Atelier, pp. 225-235.; Hefendehl, Roland (ed) (2007), *La Teoría del Bien Jurídico*, Madrid, Marcial Pons.; Schünemann, Bernd (2009) *Derecho Penal Contemporáneo*, Bs.As. Hammurabi.

²⁹⁸ Kindhäuser, Ürs, (2009) “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”, en revista *InDret*, Barcelona. <http://www.indret.com/pdf/600.pdf> ; Alcácer Guirao, Rafael, (2002) “La Protección del Futuro y los Daños Cumulativos”, en RECPC 04-08-02 <http://criminnet.ugr.es/recpc>.

los ciudadanos en su mantenimiento para el desarrollo de la libertad en sociedad. La prohibición de los daños por acumulación se justifica en la medida en que tales actos ponen en duda la *confianza* de los ciudadanos en la “institución”. No obstante, esta tesis suscita reparos porque no cabe considerar bien institucional al ambiente que —a diferencia de por ejemplo la administración pública— no es creado por nadie.²⁹⁹ Frente a este reparo podría argumentarse que es un bien asimilable a los institucionales ya que cumple una función similar, en el sentido de posibilitar la mayor libertad de todos. Sin embargo, tampoco esta caracterización resulta plausible, porque no es posible perder la *confianza* en el ambiente como si lo es respecto de la administración pública o el fisco. Es verdad que el concepto de *bien institucional* es una buena herramienta para justificar censuras penales de conductas que, aunque con consecuencias pequeñas o imperceptibles, pueden socavar la confianza de los demás en una institución. Lamentablemente ese no parece ser el caso del ambiente.

En el ámbito anglosajón, la justificación de las prohibiciones penales ha tenido una evolución similar a la de la dogmática alemana:

Clásicamente desde el *principio del daño*, en la formulación de J.S Mill³⁰⁰, se ha pretendido asegurar que los intereses primordiales del individuo sean protegidos frente a injerencias externas, para conseguir optimizar las esferas de libertad para todos. Desde esta perspectiva, con argumentos similares a los sostenidos por los partidarios de la teoría personal del bien jurídico, se niega la legitimidad de la prohibición penal de los daños acumulativos, porque las consecuencias de los actos individuales son muy pequeñas como para representar una afectación a un interés o derecho ajeno.

Autores modernos que suscriben al *principio del daño*, amplían su poder legitimante de prohibiciones hacia conductas que pueden dar lugar a consecuencias lesivas graves y probables en el futuro³⁰¹. Sin embargo, toda vez que el daño que produce el acto individual no pone, en sí mismo, en riesgo ningún ámbito de libertad, esta posición no resulta satisfactoria para tratar los delitos por acumulación.

Las posiciones *retribucionistas* anglosajonas intentan justificar la prohibición de los daños por acumulación desde otro punto de vista. Sostienen que la sanción al

²⁹⁹ Es debido a esta observación que Joel Feinberg distingue los supuestos de delitos en forma de daños acumulativos tales como la evasión de impuestos de aquellas conductas tales como la contaminación ambiental como forma de daño público acumulativo. (Feinberg, Joel (1984) *Harm to Others: The moral limits of criminal law I*, New York, Oxford University press, p.227)

³⁰⁰ Mill, John S. (1992 [1859]) *Sobre la Libertad*, Madrid, Alianza p. 191.

³⁰¹ von Hirsch, Andrew y Wohlers, Wolfgang, (2007) “Teoría del Bien Jurídico y Estructura del Delito. Sobre los criterios de una imputación justa” en: Hefendehel, Roland (ed). *La Teoría del Bien Jurídico*. Madrid, Marcial Pons, pp. 285-308.

quebrantamiento de la prohibición penal viene a compensar la ventaja injusta que obtiene el infractor al ignorar aquellas cargas que los demás han asumido³⁰². En este caso, la prohibición se justifica con el objeto de impedir las acciones que corresponden a los *free-riders*, es decir aquellos que se benefician del sistema sin contribuir con las cargas. Las objeciones a esta posición radican en que prescinden, a los fines de tipificación, de la afectación a terceros, contentándose con la mera desobediencia a lo dispuesto por el derecho. Pareciera que la coacción penal requiere más que eso.

3. MODELOS DE PROTECCIÓN PENAL DEL AMBIENTE: BIOCENTRISMO, ÉTICA CENTRADA EN LA VIDA, ANTROPOCENTRISMO.

No se suele discutir sobre la importancia de erigir al ambiente como objeto de protección. Se considera que, “*en buena medida su vigencia es condición de la vigencia de muchos de otros derechos*”³⁰³. Sin embargo, se ha debatido bastante sobre el fundamento de su protección. En ese sentido, el ambiente ha encontrado justificación desde dos concepciones teóricas generalmente enfrentadas. El *biocentrismo*,³⁰⁴ que sostiene que la biosfera y la naturaleza son entidades autónomas dignas de protección; y el *antropocentrismo*³⁰⁵, postura según la cual la única razón para proteger el ambiente es la de su valor para el desarrollo humano. En el campo de la dogmática penal la tesis biocéntrica no encuentra muchos sostenedores³⁰⁶. Ni siquiera Zaffaroni, que se autodefine como partidario de tal tesis, tiene una postura totalmente biocéntrica³⁰⁷. Así, por un lado describe la tesis de Lovelock, que parece tomar como punto de partida para la suya, del siguiente modo:

³⁰² Morris, Herbert, (1976) *On Guilt and Innocence: Essays in Legal Philosophy and Moral Psychology*. Berkeley, University of California Press, p.34.

³⁰³ Berdugo Gomez de la Torre, Ignacio (2008) “La Protección del Medio Ambiente: algunas cuestiones generales” en Muñoz Conde, F. *Problemas Actuales del Derecho Penal y la Criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 997-1008, p.999.

³⁰⁴ Jonas, Hans, (1995) *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder S.A. Barcelona, p.35.

³⁰⁵ Kindhäuser, Ürs, (2009) “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”, en revista *InDret*, Barcelona. <http://www.indret.com/pdf/600.pdf>; Kuhlen, Lothar, *Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung*, GA, ZStW, 1986; Silva Sánchez, Jesús María, (2008) *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Bs. As. BdeF 2º ed.

³⁰⁶ Para un desarrollo detallado de las diferentes posiciones respecto del bien jurídico ambiente, Véase: Escajedo San Epifanio, Leire (2006) *El Medio Ambiente en la Crisis del Estado Social: su protección penal simbólica*, Granada, Comares, pp. 312 y ss.

³⁰⁷ Hans Jonas, por su parte: “*En la medida en que es el destino del hombre, en su dependencia con el estado de naturaleza, el referente último que hace del interés en la conservación de ésta un interés moral, también aquí ha*

La tesis de Lovelock es que si perturbamos demasiado el equilibrio planetario, Gaia decidirá toser o estornudar y prescindir de nosotros rápidamente, para permitir a la vida recomponerse en otros seres complejos menos incómodos o más cooperadores.³⁰⁸

Posteriormente, en el mismo trabajo, ya en expresión de sus propias ideas, afirma que:

Nadie pretende que haya un organismo Tierra del que todos seamos parte y que un intérprete de éste nos esclavice pretendiendo asumir la voz. El Por el contrario: se trata de reconocer que debemos actuar respetando a otros seres con derechos y cuyo reconocimiento es condición de nuestra propia supervivencia, como especie independiente de otras y de otros entes terrenos en su existencia.³⁰⁹

Las afirmaciones de Zaffaroni no sólo no apoyan a las tesis biocéntricas, sino que más bien suponen su rechazo. Esto no quiere decir que el autor se incline por una posición antropocéntrica. Su tesis central puede ser enmarcada en lo que se ha denominado –tal y como se argumentó en el capítulo IV– *ética centrada en la vida*, la cual aun sin dar a todos la misma importancia, considera a todos los organismos vivos como moralmente relevantes.³¹⁰ Así, Zaffaroni propone un *principio de cooperación universal*,³¹¹ que supone considerar a la naturaleza sujeto de derechos, a la hora de justificar prohibiciones penales. Puesto que ni el ser humano, ni la naturaleza pueden ser considerados el “centro”, la postura del autor no puede ser etiquetada ni como biocéntrica, ni como antropocéntrica. La suya es más bien una concepción holística donde todos los organismos vivos deben cooperar con el fin de conseguir la mutua supervivencia. Según el principio de cooperación universal, la naturaleza puede ser utilizada para vivir, pero no suntuariamente; y en consecuencia pueden legitimarse tipificaciones penales para impedir usos indebidos. Desde esta posición la legitimidad de las tipificaciones en forma de delitos de acumulación adquiere mayor plausibilidad, aunque el propio Zaffaroni lo niegue.³¹² Esto, dado que desde esta posición no es necesario mostrar que las conductas individuales producen que sea más costoso que las personas gobiernen su vida conforme a sus propias decisiones, sino sólo que se ha afectado el esquema cooperativo³¹³.

de conservarse la orientación antropocéntrica de toda ética clásica” (Jonas, Hans (1995) *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona, Herder S.A., p.33)

³⁰⁸ Zaffaroni, Eugenio R. (2012) *La Pachamama y el humano*, Buenos Aires. Madres de Plaza de Mayo, p. 83.

³⁰⁹ Ídem., p. 134.

³¹⁰ Elliot, Robert (2004) “Ética Ambiental”, en: Singer Peter (ed.) *Compendio de Ética*, Madrid, Alianza, pp. 391-403 p. 395

³¹¹ Zaffaroni, Eugenio R. (2012) *La Pachamama y el humano*, Buenos Aires. Madres de Plaza de Mayo, p. 140.

³¹² Zaffaroni Raúl E. (2012) “Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con)fusiones” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, pp. 3-14, p. 10.

³¹³ Una posición similar puede ser rastreada en los trabajos de Nuria Matellanes. La autora de Salamanca –que, a los fines de conceptualizar al bien jurídico, le concede importancia tanto a el aspecto social como al constitucional– en referencia al ambiente afirma: “*se arriba a un bien jurídico cuya esencia viene constituida por la idea de sistema natural equilibrado, del que el hombre forma parte y cuya actuación sirve al*

Existen otras versiones de ética centrada en la vida que, sin llegar a ser antropocéntricas, podrían resultar de utilidad para justificar las tipificaciones en forma de daños acumulativos en el contexto ambiental. Una de las mejores versiones de esta posición es la propuesta por Peter Singer. El autor australiano realiza su construcción apelando al principio de igual consideración de los *intereses* de todos los humanos.³¹⁴ Afirma que poner el foco en los intereses (y no en los derechos u otras capacidades humanas) es lo único que puede garantizar la igualdad entre todos los seres humanos. La apelación a los intereses impide que casos limítrofes o problemáticos en otras construcciones, tales como los niños menores de dos años o los discapacitados, planteen problemas a la hora de preguntarse cuál es el fundamento de incluirlos en nuestra comunidad moral. Derivado de tal supuesto, Singer arguye que si lo importante son los intereses, se debería dar igual consideración a todos, independientemente de a quién pertenezcan, sean sus titulares animales humanos o no humanos.³¹⁵ Ahora bien, esto no quiere decir que todo ente que exista –v.gr.: una piedra– tenga intereses. Para ser titular de intereses debe tenerse capacidad de sentir o gozar.³¹⁶ La capacidad de sentir y gozar hace que el sufrimiento sea considerado de igual manera independientemente de la especie a la que pertenezca el titular. Por el contrario, si se carece de esa capacidad –o de la de gozo– no hay nada que tener en cuenta.³¹⁷ Planteada en estos términos, la propuesta de Singer es netamente utilitarista,³¹⁸ pues pretende juzgar como correctas aquellas acciones que, o bien maximicen el goce derivado de la satisfacción de intereses de los agentes, o bien minimicen el sufrimiento.

mantenimiento de ese equilibrio constante que le permite ejercitar libremente sus derechos” (Matellanes Rodríguez, Nuria (2000) *Medio Ambiente y Funcionarios Públicos: análisis del tipo objetivo del artículo 329 del Código Penal*, Barcelona, Bosch, p. 118)

³¹⁴ Singer, Peter (1995[1993]) *Ética Práctica: segunda edición*, U.K., Cambridge University Press, p. 69

³¹⁵ Singer, Peter (2004[1999]) “Ética más allá de los límites de la especie” en: Tefalla Marta (ed.) *Los Derechos de los Animales*, Huelva, Idea, pp. 47-54, p. 47

³¹⁶ Singer, Peter (1995[1993]) *Ética Práctica: segunda edición*, U.K., Cambridge University Press, p. 72. Afirma Singer: “*Si un ser sufre, no puede haber justificación moral alguna para negarse a tener en cuenta este sufrimiento. Al margen de la naturaleza del ser, el principio de igualdad exige que –en la medida en que se pueden hacer comparaciones grosso modo– su sufrimiento cuenta como el mismo sufrimiento de cualquier otro ser*” (Singer, Peter (1999[1975]) *Liberación Animal*, Madrid, Trotta, [Trad. P. Casal], p.44)

³¹⁷ Singer, Peter (1995[1993]) *Ética Práctica: segunda edición*, U.K., Cambridge University Press, p. 72

³¹⁸ Existen otras versiones partidarias de la posibilidad de considerar a los animales no humanos como miembros relevantes de la comunidad moral. Para una concepción basada en derechos, véase: Regan, Tom (2004[1999]) “Poniendo a las personas en su sitio”, en: Tefalla Marta (ed.) *Los Derechos de los Animales*, Huelva, Idea, pp. 55-68; Para una concepción que no distingue claramente entre animales humanos y no humanos, sino pone relevancia en determinadas capacidades, tales como cognición o sufrimiento, véase de Lora, Pablo (2010) “La Familia humana y otros animales” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Universidad de la Rioja, pp. 17-30.

Si se traslada al ámbito del derecho penal, su propuesta sería una razón para justificar prohibiciones penales cuando las acciones que pretenden censurarse vayan en contra de los intereses de cualquier ser sintiente, humano o no. Si se acepta esto, los delitos en forma de daños acumulativos serían más fáciles de justificar, ya que el número de posibles afectados sería mayor, igual que la vulnerabilidad de muchos de ellos. Sin embargo, la tesis de *igual consideración de intereses* lleva a resultados altamente contra-intuitivos. Así, por ejemplo estaría justificado prohibir –incluso a través del derecho penal– la construcción de una represa, si eso hace que muchos animales no humanos padezcan sufrimiento por ver su hábitat destruido, por más que puedan apreciarse ciertas mejoras en la calidad de vida de los seres humanos³¹⁹. Aún más, dado que lo relevante es la satisfacción de intereses de todos los seres sintientes, uno tendría la obligación (no una mera permisión) de abortar un ser humano en los primeros días de gestación³²⁰, cuando traerlo al mundo hiciese que el cómputo de satisfacción global de intereses –incluyendo a tal efecto los humanos y no humanos– sea menor al estado previo al nacimiento del niño³²¹. El carácter contra-intuitivo de estas consecuencias debería llevar rechazar tal propuesta.

Las consideraciones precedentes sugieren que el punto de partida para una correcta justificación de las prohibiciones penales que tienden a proteger el ambiente sólo puede defenderse desde la tesis *antropocéntrica*. El motivo es que, como se ha dicho en los capítulos II y III, las únicas razones que pueden justificar prohibiciones penales son aquellas que tienden a proteger los *recursos* que son necesarios para que las personas puedan gobernar sus vidas conforme a sus propias decisiones. Ninguna otra razón podrá justificar moralmente una prohibición penal, ya que implicaría coaccionar a las personas por motivos diferentes a

³¹⁹ Se pregunta Singer “¿Qué se siente al ser una zarigüeya que se está ahogando? (...) Para alcanzar decisiones morales que afecten a seres sensibles, podemos intentar añadir los efectos que las diferentes acciones tienen para todas las criaturas sensibles afectadas por las acciones alternativas que se abren frente a nosotros” en: Singer, Peter (1995[1993]) *Ética Práctica: segunda edición*, U.K., Cambridge University Press, p 345.

³²⁰ La referencia es a los primeros días de gestación, pues es posible afirmar que tal situación –dado que no existe autoconsciencia, autonomía o capacidad psicológica– es equiparable a la decisión de traer un ser a la existencia, esto es a la decisión de concebir o no. Cuando se habla de abortar, pero no en los primeros días de gestación, la tesis de la obligatoriedad del aborto como consecuencia del cálculo utilitarista se mantiene, solo que ahora al no poder equiparar la situación del feto con la del no concebido, habría que incluir en el cómputo de satisfacción de intereses, también los propios del feto. (Véase: Paez Conesa J. Ezequiel. (2013) *Abortion: What We Ought to Believe. An ontological and Normative analysis*, Barcelona, Tesis Doctoral, Universidad Pompeu Fabra, pp. 165-182)

³²¹Paez Conesa, J. Ezequiel. (2013) *Abortion: What We Ought to Believe. An ontological and Normative analysis*, Barcelona, Tesis Doctoral, Universidad Pompeu Fabra, p 163.

aquellos que justifican la existencia de los Estados. En tal sentido, dentro de la discusión específicamente penal ambiental, se suele afirmar que:

Las condiciones físicas cuya alteración puede adquirir relevancia penal son aquellas que sirven al desarrollo de la persona, no las que sirven de forma exclusiva al desarrollo de otros seres vivos. Por tanto, para que pueda afirmarse la relevancia jurídica de una conducta que afecta al medio ambiente será necesario poder afirmar que aquella misma afectación, aunque no sea de manera directa, incide o puede incidir en el desarrollo (presente o futuro) de las personas.³²²

Esta afirmación encuentra gran aceptación en la doctrina penal, sin embargo dentro de la posición antropocéntrica que considera el ambiente como *recurso* digno de protección (sea a través del principio del daño o por medio del concepto de bien jurídico), se han defendido dos posiciones. Por un lado una concepción *autónoma* (o eco-céntrica), que entiende el medio ambiente como un bien autónomo digno de protección, pero donde la razón última de su protección son los intereses de los seres humanos; y por el otro una tesis que podría llamarse *dependiente*, que rechaza que medio ambiente sea un bien jurídico autónomo objeto de protección, considerando que su tutela no es más que una técnica de anticipación de salvaguarda de los intereses personales³²³. Conforme al punto de vista aquí adoptado, en el caso 1 la censura penal de las conductas de cada empresa sólo se justificaría si la contaminación del río puede dañar o poner en peligro a un *recurso* necesario para que las personas puedan gobernar sus vidas conforme a sus propias decisiones. Esto ocurriría si, por ejemplo, las conductas ponen en peligro la salud o la vida de las personas. Dado que el agua del río es la única que pueden beber, parece que ése es el caso. Sin embargo, a primera vista, existen diferencias significativas conforme se adopte una posición *autónoma* o *dependiente* del bien jurídico ambiente. En el primer caso, la sola contaminación del río capaz *en abstracto* de poner en peligro a los pobladores de la ribera bastaría para justificar la prohibición penal. En tanto que desde el segundo punto de vista, habrá que analizar en el *caso concreto* si las acciones de las empresas ponen o no en peligro la vida o la salud de los pobladores de X. Esta segunda posición se acomoda mejor a los principios que deben imperar en el Estado de Derecho.

Dado que el problema que se quiere resolver –la justificación de las prohibiciones de los daños acumulativos– es grave, pero que usualmente se piensa que las conductas que pueden dar lugar al daño o menoscabo de las condiciones de vida de las personas,

³²² Silva Sánchez, Jesús M. y Montaner Fernández, Raquel (2012) *Los delitos contra el medio ambiente*, Barcelona, Atelier, p. 27

³²³ Alcácer Guirao, Rafael, (2002) “La Protección del Futuro y los Daños Cumulativos”, en RECPC 04-08-02 <http://criminet.ugr.es/recpc>, p. 3.

individualmente consideradas, no pueden poner concretamente en peligro ningún interés personal, la tesis de la *autonomía* del bien jurídico parece mejor preparada para resolver el inconveniente. Sin embargo, como se verá, esto no es del todo cierto. No es necesario aceptar tal tesis a los fines de justificar prohibiciones penales en forma de daños acumulativos.

4. ERRORES AL PENSAR LOS DELITOS AMBIENTALES ACUMULATIVOS

Muchas de las confusiones que se han producido en relación con los que se han llamado *delitos acumulativos* tienen lugar en fallas en el razonamiento moral. De hecho, no queda claro ni siquiera si cada una de las acciones que juntas podrían provocar una catástrofe son en sí mismas incorrectas o si ellas, por sí solas, producen consecuencias malas. Para despejar estos inconvenientes, se hará un análisis en dos niveles. En un primer momento, se intentará identificar *lo malo* que producen esta clase de acciones (de lo cual se derivaría su incorrección); para después analizar si esas consecuencias pueden ser tenidas en cuenta por el ordenamiento jurídico a los fines de su tipificación penal.

Para realizar la primera tarea, resulta útil volver al caso hipotético 1 de las empresas contaminantes:

Caso 1: Existe una población X en las márgenes de un río, del cual bebe agua. Esta es la única posibilidad para la población X de consumir agua potable. En un momento dado, se instala en la ribera una empresa A que arroja desechos industriales al cauce. Los residuos expelidos por A, por sí mismos, no pueden afectar a ninguno de los integrantes de la población X dado que no son lo suficientemente abundantes como para hacer que el agua deje de ser potable. Se puede suponer que los residuos de A sólo afectan a una vigésima parte del agua, dejando la suficiente cantidad para ser bebida. Ahora bien, con el tiempo, se instala en la ribera una empresa B que arroja la misma proporción de desechos que A. Más tarde hacen lo propio las empresas C, D, E, F, G e I, y así sucesivamente. Aunque cada una de las empresas sabe que las otras arrojarán o es probable que arrojen residuos –de modo que el resultado será la contaminación total del río–, ellas no se ponen de acuerdo para hacerlo. Al cabo de un mes ése es el efecto, razón por la cual, los pobladores de X ya no pueden beber agua potable.

La pregunta a contestar es, nuevamente, si existe alguna razón que implique que es incorrecto que cada una de estas empresas se instale en las márgenes del río y arroje desechos en él. Como antes, creo que la respuesta debe ser positiva. Sin embargo, al aparecer casos como este, suelen hacerse dos afirmaciones que merecen ser consideradas:

(A) El menoscabo de un bien no puede hacerse ni *menos malo* ni *peor* si de ningún modo se nota la diferencia para ese bien. El daño a un bien no puede hacerse imperceptiblemente peor.

O

(B) Al menos *tan malo como* y *no peor que*, cuando se aplica a menoscabos o acrecentamientos, son *relaciones transitivas*. De modo que si el menoscabo de un bien en el resultado (2) no es peor que en el resultado (1), y su menoscabo en el resultado (3) no es peor que en el resultado (2), su menoscabo en el resultado (3) no es peor que en el resultado (1).³²⁴

Según (A), entonces, el menoscabo (daño) producido en el río del caso 1, en la situación (2), cuando la empresa (A y B) arrojan sus desechos, no es peor que la situación (1), donde una sola empresa vierte desechos. En la situación (3), es decir cuando las empresas A, B y C vierten sus desechos, no es peor que lo que lo era tal menoscabo en la situación (2), cuando sólo la empresa A y B lo hacían. El río en la situación (4), cuando tanto las empresas A, B, C y D arrojan sus desechos, experimenta un menoscabo que no es peor que lo que era en la situación (3).

Según (B), dado que entre los menoscabos rigen relaciones transitivas, la afectación experimentada por el río en la situación (2), no es peor que lo que lo era en la situación (1); en la (3) no es peor que en la (2). Por consiguiente, en la situación (3) la contaminación del río no es peor que en la situación (1).

En la situación (20), donde 20 empresas arrojan sus desechos en las márgenes del río, (A) y (B) juntas implican que el menoscabo en (20) no es peor que en la situación (1). Contaminar la totalidad del río es lo mismo que contaminar sólo una vigésima parte. Como tal conclusión es absurda, se debe rechazar o (A) o (B).

Si se rechaza (A), es porque se piensa que se puede menoscabar un bien en una cantidad muy pequeña para ser notada o percibida.

Si se rechaza (B), en cambio, es porque se cree que los efectos pequeños o imperceptibles deben ser ignorados: “*se debe admitir que no peor que, y al menos tan malo como, no son relaciones transitivas.*”³²⁵ Hay que admitir que en este caso los actos individuales pueden no afectar a un bien. Pueden, en cambio, hacerlo todos juntos. Desde esta óptica, cada acto puede ser incorrecto aunque sus efectos sean minúsculos o imperceptibles,

³²⁴ Estas afirmaciones, con leves modificaciones han sido tomadas de Parfit, Derek (1984), *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, p.78

³²⁵ Parfit, Derek (1984), *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, p.79

porque son parte de un conjunto de actos que, juntos, hacen que el bien se menoscabe de la peor manera.³²⁶

Si se cree que conductas como las de las empresas descritas en el caso 1 deben ser censuradas, el dilema está planteado: o se rechaza (A), y se acepta que cabe responsabilidad aun cuando los efectos de los actos individuales sean pequeños o imperceptibles; o se rechaza (B), aceptando que cada una de las empresas no hace daño a nadie, ni afecta al río, pero que todas juntas si lo hacen. Se llamará a la primera respuesta Tesis de los Efectos Individuales (TEI), en tanto que la segunda Tesis de los Actos en Bloque (TAB).

Fuera del ámbito meramente moral y ya dentro del diseño de instituciones públicas – como, por ejemplo, el derecho penal–, la *tesis de los efectos individuales* (TEI) se enfrenta a la objeción de contravenir el principio de *mínima intervención* del derecho penal (que encuentra fundamento en los principios de *subsidiariedad* y *proporcionalidad*) para poder proporcionar una justificación plausible de las prohibiciones penales de esta clase de conductas. La *tesis de los actos en bloque* (TAB), por su parte, debe responder a las objeciones formuladas por quienes piensan que se apoya en asunciones que presuponen alguna clase de responsabilidad colectiva, o participación *sui generis*, lo que estaría en tensión con los postulados del Estado de derecho.

Creemos que ambas soluciones son plausibles. Sin embargo, el rechazo de (B) [y aceptación de (A)] (TAB), encuentra mayores dificultades que el rechazo de (A), [y aceptación de (B)] (TEI). En el desarrollo de este punto, en un primer momento, se seguirá – con algunas modificaciones– el análisis efectuado por Derek Parfit en *Reasons and Persons*³²⁷, para explicar ciertas fallas del razonamiento moral.

Caso (2) Supóngase que las 20 empresas del caso (1) se instalaron en la margen de río donde vive la población X, integrada por 2000 personas. Como las 20 empresas ya están instaladas, al comenzar el día, el agua que beberá cada una de las 2000 personas se encuentra ligeramente contaminada. Cada una de las empresas arroja desechos unas 30 veces al mes. Cada vertido hace que el agua esté peor de una manera ínfima, imperceptible. Pero después de que cada empresa ha realizado 30 vertidos, la situación es que el agua del río ya no es potable. De nuevo, aunque cada empresa sabe que las demás arrojarán sus desechos al río o al menos es probable que lo hagan, ellas no se ponen de acuerdo para hacerlo.

Si se acepta (A) y (B) de manera conjunta, ningún acto de cada empresa ocasionó que el río esté contaminado, lo que es absurdo. ¿Qué razón habría para censurar a las empresas

³²⁶ Ídem, p.80

³²⁷ Parfit, Derek (1984) *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, pp. 67-85

que obran de este modo? La *primera* respuesta posible es que si tomamos todos los actos en bloque, el daño al río es severo. Sin embargo, cuando quiera esgrimirse esta respuesta (TAB) como justificación de prohibiciones penales, puede uno chocar con los principios de derecho penal de acto y de responsabilidad por el hecho propio. Respecto del primero, si sólo se toma a una empresa particular, cada acto –en sí mismo– no produce una afectación significativa. Sólo sería posible argüir que tal afectación existe, si se tiene en cuenta lo que hizo la empresa a lo largo del mes, lapso durante el cual ha contaminado en una vigésima parte el río. En términos penales tal actividad podría constituir lo que se llama *delito continuado*. Sin embargo, se ha dicho que esa afectación sigue siendo insignificante, ya que, por un lado, el río podría absorberla sin problemas; y por el otro, queda suficiente agua potable para los pobladores de X. Desde esta óptica, solo queda responsabilizar a la empresa por lo que el efecto de su acto (en forma de delito continuado) representa junto con los efectos de los actos de las demás empresas. Dado que esta solución parece asumir una responsabilidad colectiva, puede ser blanco de objeciones si se esgrime como justificación de prohibiciones penales.

Caso 3: Como antes, una población X de unas 2000 personas se encuentra asentada en la margen de un río que es su única fuente de agua potable. Sólo que esta vez resulta que por causas naturales el río ya está sufriendo una contaminación severa. Ésta es más o menos tan mala como sería después de que 10 empresas arrojaran sus desechos al río durante un mes. Conociendo este hecho, viene otra empresa (K) y arroja un vertido de residuos capaz de menoscabar la potabilidad del río en una vigésima parte. El efecto es más o menos el mismo que en los días en que las 20 empresas arrojaban sus desechos en el lapso de un mes. El efecto es justo como el que se producía cuando 11 empresas culminaban los vertidos mensuales. La empresa K sabe esto. Sabe que no está afectando en ningún nivel significativo (o perceptible) la potabilidad del agua. Y sabe que no forma parte de ningún grupo que esté haciendo esto conjuntamente.

¿Es censurable la actuación de la empresa K?

Si se responde que no, es porque se rechaza (B) [y se acepta (A)] (TAB). No se puede apelar, entonces, a las consecuencias de los actos individuales en casos como este. En los casos 1 y 2 cada empresa, por tanto, obra de manera incorrecta porque forma parte de un grupo que en conjunto menoscaba de manera significativa la potabilidad del agua de un río. Este es el razonamiento, creo, que está detrás de la mayoría de las posiciones que trabajan sobre daños acumulativos.

Sin embargo, creo que es censurable la actuación de la empresa K. Y si es así, es porque se rechaza (A) [y se acepta (B)] (TEI). Si, por el contrario, se piensa que el hecho de que determinado acto causase menoscabos pequeños no sería suficiente para afirmar que ese

acto no debe realizarse, la conclusión es que ninguna de las empresas de los casos 1 y 2 tiene motivos para no arrojar sus desechos al río. Y que, por tanto, tal actividad no es censurable. ¿Qué diferencia hay entre que una empresa produzca malos efectos en colaboración con otros agentes y que los produzca en colaboración con la naturaleza? Creo que, si no hay acuerdo entre los diferentes sujetos, ninguna.

5. DERECHO PENAL Y RESPUESTA A OBJECIONES

A la vista de los casos 1 y 2, hemos dicho que existen dos posibles soluciones al problema de la justificación de los delitos ambientales acumulativos. En la *primera* (TAB) [rechazo de (B) y aceptación de (A)], la responsabilidad radica en que cada empresa realiza un acto que forma parte de un conjunto que produce un menoscabo significativo al ambiente. La *segunda* solución propuesta, (TEI) [rechazo de (A) y aceptación de (B)], implica que cuando las 20 posibles empresas realizan sus vertidos, no es peor que cuando lo hace una sola en los casos 1 y 2, y la empresa K en el caso 3. Esta solución apela a las consecuencias del acto individual de cada empresa. Asimismo, hemos dicho que ambas posibilidades de justificación pueden ser plausibles, aunque sin embargo la segunda es preferible ya que asume mayor simplicidad y puede explicar el caso 3, cosa que escapa a la primera solución. En lo que sigue se analizarán ambas respuestas, no ya desde la óptica moral sino desde la propia del derecho penal.

a. LA ADOPCIÓN DE LA TAB: SEGURIDAD Y NO DOMINACIÓN

La *Tesis de los Actos en Bloque* (TAB) acepta que los actos de cada agente individual no producen daño a nadie, pero afirma que su censura está justificada porque todos juntos sí lo hacen. Para el análisis de la plausibilidad de TAB, como criterio justificativo de prohibiciones penales, debe comprobarse que la intervención penal tiende a proteger un *recurso* necesario para que las personas gobiernen sus vidas conforme a sus propias decisiones. Esto, tanto si se parte del principio del daño como si se lo hace desde el concepto de bien jurídico como fundamento de justificación moral de prohibiciones penales. Una tesis que pretenda defender la plausibilidad de TAB debe afirmar, que los *recursos* objeto de protección pueden ser menoscabados no sólo cuando su sustancia es atacada o puesta concretamente en peligro, sino también cuando hay una pérdida en su capacidad funcional. Así, para lograr este objetivo no sólo los delitos de lesión y los delitos de peligro concreto resultan justificados, sino también las tipificaciones en forma de delitos de peligro abstracto. Éstas deben ser entendidas como aquellos “*casos en los que se habrían dado todas las*

*condiciones de una puesta en peligro si un bien se hubiese encontrado en el mismo lugar*³²⁸. Es decir, casos donde la acción posee la potencialidad de menoscabar o poner en peligro un *recurso* necesario para que un tercero gobierne su vida conforme a sus propias decisiones, aunque –tal vez– el *recurso* no se encuentre allí.

Esta construcción dogmática sobre distintas formas de tipificación penal referida a la manera en que se afecta un *recurso*, y con ello a la posibilidad de que cada individuo sea autor de su propia vida, corresponde a U. Kindhäuser, quien además afirma que:

El peligro abstracto se refiere a la *seguridad* de la relación entre el bien jurídico y su beneficiario; el peligro abstracto no afecta al bien jurídico mismo, en su forma o sustancias, sino a la *seguridad con la que se puede disponer del bien*. Sin esta seguridad se reduce el valor del bien jurídico, eventualmente, hasta el límite de su inutilidad.³²⁹

El autor, no vacila en concederle importancia a la seguridad. Tampoco duda en utilizar la técnica de prohibición de los delitos de peligro abstracto allí donde las consecuencias dañinas de las acciones no pueden ser previstas por un destinatario de la norma fiel al derecho y con conocimientos epistémicos promedio³³⁰. Las condiciones de seguridad deben ser respetadas incondicionadamente, incluso cuando el individuo sepa, con razón, que su acción no puede ocasionar daño³³¹. Se deben proteger las condiciones objetivas básicas para el desarrollo de ciertos bienes, como son los recursos naturales del medio ambiente.

La posibilidad de realizar conductas individuales que, acumulativamente consideradas, pueden ocasionar un daño al ambiente impide que otros puedan desarrollar libremente sus actividades y, por consiguiente, sean autores de sus propias vidas. Cada acto individual afecta la tranquilidad con que se puede disponer del bien en cuestión. Además, si se permiten esas conductas, el ambiente ve disminuido su valor, porque se pierde la posibilidad de mantener el estado del bien jurídico a lo largo del tiempo. La tipificación en forma de delitos de peligro abstracto, particularmente en la forma de prohibición de daños acumulativos se encontraría

³²⁸ Kindhäuser, Ürs, (2009) “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”, en revista InDret, Barcelona, <http://www.indret.com/pdf/600.pdf>, p.13.

³²⁹ Kindhäuser, Ürs, (1996) *Derecho Penal de la Culpabilidad y de la conducta peligrosa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 80. [El resaltado me pertenece]

³³⁰ Ídem, p. 86

³³¹ La actitud del sujeto podría catalogarse –para usar la terminología de Duff y dentro de un esquema perfeccionista– de *arrogancia cívica*: “habrá casos en los que de hecho el agente no se ponga en peligro, y pueda saber que no está poniendo en peligro el interés primario protegido. Pero ellos tienen relación con lo que podemos llamar una especie de *arrogancia cívica*, que merece la censura pública y el castigo. [...] No obstante, si el supuesto en que se basa la ley es correcto, y se trata de contextos en los que las personas no pueden y no deben confiar en sí mismos para hacer juicios racionales, entonces, esta persona arrogantemente dice ser una excepción a esa regla.”(Duff, R.A. (2002) “Crime, Prohibition and Punishment”, en *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 19, N° 2, 2002, Oxford, Blackwell, pp. 97-108, p. 104)

justificada porque se garantiza un marco de seguridad que no depende de si una conducta concreta pone o no en peligro a un determinado bien. Impide la posibilidad de que se realice una interferencia que afecte al ambiente. Porque si las conductas estuvieran permitidas, es decir, si cabe la posibilidad de someter el bien jurídico a un peligro concreto, ese bien perdería totalmente su valor como tal y, por tanto, la protección ya no tendría razón de ser.

Parece que Kindhäuser ha dado en el clavo, en el sentido de haber encontrado en las *condiciones de seguridad* para la disposición de un bien una justificación razonable para las prohibiciones de los daños acumulativos ambientales, porque funcionan allí donde las consecuencias de las acciones de los destinatarios de las normas no pueden ser previstas. Sin embargo, en cierto sentido ese concepto aún parece débil, dado que cuando de consecuencias imprevisibles de acciones se trata, existen dos posibilidades. La primera es que los efectos de las conductas correspondientes se conocen, pero no se sabe, en cambio, el grado de probabilidad con el que se producirán. La segunda es que ni siquiera hay seguridad sobre los efectos que tendrán las conductas en cuestión.

Se puede analizar cada una de estas posibilidades del siguiente modo. Primero, cuando se conocen los posibles efectos de las propias conductas pero no se sabe con qué probabilidad se producirán. Si algún sujeto (o alguna de las empresas de nuestros ejemplos) conociera y tuviera la certeza de que las demás empresas arrojarán, al igual que él, vertidos capaces de contaminar totalmente el río afectando al poblado X, no habría demasiados reparos en considerar que se está en presencia de un supuesto de co-autoría. Pero cuando de probabilidades se trata, el análisis no puede ser ese. Es generalmente aceptado que si las probabilidades de que una situación tenga lugar son extremadamente altas, podría darse un tratamiento igual o similar a la certeza. Sin embargo, muy pocas o ninguna de las veces se puede tener esa seguridad. Así, se sostiene que no está justificado censurar determinada clase de conductas cuando existe, o el autor de la conducta cree que existe, una probabilidad extremadamente baja de que las consecuencias sean lesivas —en este caso que otras empresas arrojen sus desechos. Sin embargo:

Si alguien fuese ingeniero nuclear. ¿Sería irracional diseñar un sistema que lo obligue a preocuparse por una pequeña probabilidad de matar a un millón de personas? Se cree que no sería irracional. Se piensa que tales probabilidades deben ser tenidas en cuenta. Si los ingenieros nucleares no tuvieran que observar todas las probabilidades (y de hecho no lo hicieron) en el umbral por debajo de 1 en un millón. Podría ocurrir entonces que, por cada uno de los muchos componentes del reactor existiera una probabilidad de 1 en un millón de que cualquier día se provocase una catástrofe. Si hubiera muchos reactores, cada uno con muchos de esos componentes, no pasarían demasiados días antes de que el

riesgo de un millón hubiese pasado un millón de veces. Con lo que con seguridad se produciría una catástrofe.³³²

Es verdad que las pequeñas probabilidades pueden ser ignoradas en la mayoría de los casos. Pero no cuando lo que está en juego es mucho o cuando cada pequeña probabilidad va a ser afrontada muchas veces. Es como si “*los grandes números suprimiesen la pequeñez de las probabilidades.*”³³³

En principio, la construcción de Kindhäuser parece abarcar sólo el caso donde lo que está en juego no es la probabilidad de que acaezca determinado resultado, sino cuando no se sabe cuál será este. Sin embargo, como se verá, ambos casos pueden quedar comprendidos en su construcción. Pues aunque al autor de Bonn le preocupa la imprevisibilidad de las consecuencias de las acciones de los particulares, sólo le preocupa en la medida en que dentro de esas posibilidades se encuentre una posible afectación a la funcionalidad de un determinado *recurso* (bien jurídico, según sus términos). Aun si para eso se requiere la realización de otras conductas. Esto significa que las consecuencias no le preocupan en tanto que imprevisibles, sino en tanto que indomables. Desde esta propuesta, la prohibición de acciones que configuren daños acumulativos encontraría su justificación en que resulta un medio idóneo para evitar que los sujetos realicen conductas que producen consecuencias indomables potencialmente lesivas. Lesión que se materializaría en el hecho de que los demás sujetos verían comprometida la capacidad funcional del *recurso* objeto de protección.

Esta conclusión podría ser reformulada en otros términos sin perder su esencia. Que se garanticen condiciones de seguridad se justifica sólo si, de no existir, el bien jurídico perdería su valor por quedar sujeto a la arbitrariedad de las conductas probables de los sujetos. Como ya hemos dicho, la filosofía política republicana ha intentado resolver el problema de las interferencias arbitrarias, apelando a un concepto de libertad diferente del clásico liberal. Para el liberalismo uno es libre en la medida en que su esfera de libertad no sea interferida por otro. Sin embargo, como Kindhäuser intenta demostrar, en muchos casos eso no basta. Es necesario que exista la seguridad de que dichas interferencias no se van a producir. El republicanismo, por su parte, no necesita un concepto adicional para garantizar la libertad de los sujetos, ya que para ellos un sujeto es libre si y sólo si no está dominado. La libertad como no dominación se garantiza cuando no hay posibilidad de interferirla arbitrariamente. Aún más, el republicanismo insiste en que “*la libertad queda restringida no sólo por la interferencia*

³³² Parfit, Derek (1984), *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, p.74

³³³ Ídem p. 75

fáctica o por la amenaza, sino también por el mero conocimiento de que estamos viviendo en dependencia de la buena voluntad de otros.”³³⁴

La prohibición de los delitos ambientales acumulativos sería una barrera que impide (o al menos hace más costoso) que determinados sujetos se arroguen la facultad de interferir en el ambiente, y que de ese modo ejerzan dominación sobre opciones, hasta el momento, no dominadas. Impiden que sujetos potencialmente afectados por la disminución de la capacidad funcional del ambiente vivan a merced de la entidad dañina. Así, “*aún si el daño se produce (...) como agregado de acciones individuales inocentes, cuenta como pérdida en el libro de cuentas de la libertad republicana*”³³⁵. En otros términos, para la filosofía republicana, el peligro abstracto afecta al bien jurídico mismo, dado que no se puede concebir relación alguna de éste con el sujeto sin la seguridad de que su capacidad de decisión no será interferida arbitrariamente. El valor de la libertad, entendida como no dominación, se encuentra afectado ya por el solo hecho de habilitar la posibilidad de interferencia al normal desarrollo de la vida de los sujetos –en este caso, su relación con el ambiente.

Con todo, desde esta óptica republicana, lo que se reprocha es la realización de conductas que en conjunto producen un daño capaz de afectar a las personas. Aunque se censura cada conducta individual, sólo se hace tal reproche porque: por un lado, una vez realizada la acción prohibida sus consecuencias no son dominables por el agente y; por otro lado, porque existe certeza o probabilidad de que otros realicen conductas similares que, juntas, producirán una afectación a un interés humano. En otros términos, sólo todos los actos juntos afectan al recurso en cuestión, pero la posibilidad de que tal afectación tenga lugar hace que cada acto individual comprometa la capacidad funcional del bien.

i. IMPUTABILIDAD DE LOS DAÑOS ACUMULATIVOS

Si la conceptualización precedente es correcta, aún se debería dar una razón que permita imputar responsabilidad a los sujetos que cometen los delitos ambientales acumulativos, toda vez que cada acción, individualmente considerada, no produce daño alguno.

Un presupuesto de la responsabilidad penal es que sólo es reprochable aquella conducta que se desvía de la norma. Sin embargo, esa exigencia no es suficiente, es sólo necesaria. Hace falta además que las acciones pongan en peligro algún *recurso* (bien jurídico),

³³⁴ Skinner, Quentin (2005) “La libertad de las repúblicas, ¿un tercer concepto de libertad? En *ISEGORÍA* pp. 19-49 p. 30.

³³⁵ Pettit, Philip, (1997) *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Bs. As. Paidós, p. 183.

de manera que afecte a su capacidad funcional, al menos de manera abstracta. Si se cree que la tipificación de los daños ambientales acumulativos está justificada, debiera encontrarse una respuesta que dé cuenta de esos dos requisitos. Del segundo de ellos nos ocupamos en el apartado anterior, pero para completar esa tarea es necesario dar razones que den cuenta del primero.

Para responder a la pregunta sobre cuál es la justificación de la censura a quien comete un daño acumulativo no basta con referirse a la violación de la específica tipificación legal; además de ello es necesario que la infracción menoscabe la capacidad funcional de algún *recurso*. El paso siguiente, entonces, es dilucidar cuándo ocurre esto. En este caso, lo disvalioso de la conducta no se integra sólo con el paso activo de desarrollar la conducta prohibida, sino además con la imposibilidad posterior de controlar las consecuencias del hecho. Esta tesis es sostenida por cierta doctrina³³⁶ que, apoyándose en el criterio de imputación objetiva *prohibición de regreso*, intenta explicar el fundamento de la responsabilidad en la participación criminal. Esta posición, que encuentra en Sancinetti su máximo defensor, entiende que:

El disvalor propio de la participación no sólo se integra con el paso activo de crear en otro la voluntad de realizar el hecho o prestarle una colaboración, sino también con el disvalor omisivo de permanecer inactivo después, por ejemplo, quedando indiferente al desarrollo ulterior del suceso. Cuando el partícipe pierda todo contacto con el ejecutor, perderá también –generalmente– la posibilidad de revocar la influencia de su aporte; por tanto, su ilícito acabará en ese punto.³³⁷

De ello se puede inferir que el fundamento del ilícito radica nuevamente en la indominabilidad de las consecuencias ulteriores al hecho realizado. Para Sancinetti, hasta tanto no se produzca el momento de la impotencia en cuanto a la capacidad de revocar el aporte, el ilícito no se habrá consumado. Estas consideraciones pueden ser tomadas aquí, e incluso tal vez posean un mayor peso que en la teoría de la participación por él esbozada. En el caso de las conductas constitutivas de los delitos acumulativos ambientales, una vez realizada la acción, es imposible (o al menos muy difícil) dar marcha atrás; las consecuencias son casi siempre indominables. Las acciones de los demás no dependen de las de uno. Sin embargo, cuando los sujetos realizan su conducta, saben, o al menos deberían saber, que es probable que otros realicen una conducta similar que, sumada a la propia, producirá un efectivo daño al ambiente. Si no saben esta circunstancia o al menos no tienen obligación de

³³⁶ Esta tesis no es mayoritaria, sin embargo tal dato empírico no le quita relevancia.

³³⁷ Sancinetti, Marcelo, (1996) *El ilícito propio de participar en el hecho ajeno*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p.21.

conocerla, ninguna responsabilidad cabe atribuirles. La responsabilidad de quien realiza la conducta depende del hecho propio. La prognosis de posibilidad de realización de otro hecho similar por parte de un nuevo sujeto bastaría entonces para sostener que su forma de actuar no está socialmente tolerada.

Tal como se acaba de reconstruir TAB, pareciera que es posible justificar tipificaciones de conductas que produzcan daños acumulativos. Sin embargo, aún queda abierta la pregunta relativa a si esa tarea tendría que ser realizada por el derecho penal, o bien debiera quedar en el ámbito del derecho administrativo sancionador. La respuesta a este interrogante será analizada cuando se haga lo propio con TEI.

b. ¿CENSURAR PEQUEÑOS EFECTOS? O LA ADOPCIÓN DE LA TEI

La *Tesis de los Efectos Individuales* (TEI)³³⁸ establece que deben tenerse en cuenta las consecuencias lesivas de cada acción individual, por pequeñas que sean. Esta tesis implica que en los casos 1, 2 y cuando la empresa K realiza sus vertidos en el caso 3, la consecuencia de la acción es al menos tan mala como cuando las 20 posibles empresas lo hacen. Esta solución apela a las consecuencias del acto individual de cada empresa.

Esta segunda respuesta posible (TEI) es más sencilla. En la explicación del punto 4, se ha demostrado cómo, al menos en términos morales, de acuerdo a la TEI lo que todas las 20 empresas realizan juntas no es peor que lo que una sola hace cuando arroja sus vertidos al río. Sin embargo, estas aseveraciones no bastan para que la TEI pueda ser adoptada como justificación de la censura penal. La TEI, como se dijo más arriba, debe responder a la objeción procedente del principio de *mínima intervención* del derecho penal (que encuentra fundamento en los principios de *subsidiariedad* y *proporcionalidad*)

Así, se sostiene que para criminalizar una conducta no es suficiente que el hecho en cuestión lesione un *recurso* necesario para que cada uno gobierne su vida conforme a sus propias decisiones, sino que también que esa lesión sea de cierta intensidad. En este sentido se habla de “*doble fragmentariedad del derecho penal: este sólo debe reaccionar frente a las agresiones más graves producidas contra los [recursos] más importantes.*”³³⁹ Desde la perspectiva del ordenamiento jurídico considerado en su conjunto, esto suele conocerse como *principio de subsidiariedad*: el derecho penal sólo puede actuar legítimamente cuando es *ultima ratio* del sistema.

³³⁸ Es decir cuando existe rechazo de (A) y aceptación de (B).

³³⁹ Cancio Meliá, Manuel y Pérez Manzano, Mercedes (2011) “Principios del derecho penal”, en Lascurain Sanchez J. y Bacigalupo S. (coord.) Introducción al derecho penal, Madrid, Thomson, pp. 81-110 p.97

A primera vista, parece que tales principios tienen la fuerza suficiente para socavar la plausibilidad de la segunda de la TEI, esto es: que las consecuencias de las actuaciones de cada una de las empresas debe considerarse de igual modo que las de todas juntas, al menos a los fines de justificar la tipificación de la conducta. No obstante, creemos que esto no es así.

Primero, la opinión teórica mayoritaria sostiene que el principio de *subsidiariedad* del derecho penal conduce a que las tipificaciones penales deban utilizarse para las conductas que lesionen o pongan en peligro concreto a los bienes jurídicos³⁴⁰ (*recursos*, en nuestra terminología); en cambio, aquellas que sólo lo pongan en peligro de una manera abstracta deben reconducirse al derecho administrativo. Aún más, el ejemplo que de manera usual se utiliza para ejemplificar los tipos delictivos que debieran quedar sólo en el ámbito del derecho administrativo es precisamente el de los delitos acumulativos. Esta objeción puede salir victoriosa frente a la primera de las respuestas aquí esbozadas TAB, es decir aquella que proponía castigar los actos individuales cuando produzcan consecuencias indomables, que, junto con otras probables, podrían afectar gravemente a determinados *recursos*. Esto, dado que esa respuesta (TAB) asume que las consecuencias de los actos individuales que sean muy pequeñas (o imperceptibles) no deben tenerse en cuenta. Sin embargo, la TEI no se ve en tensión con la objeción, dado que considera que la acción de una sola empresa, no es peor que la de las 20 juntas.

Segundo, como la *intervención mínima* del derecho penal encuentra su fundamento en el *principio de proporcionalidad*, entonces, las tipificaciones penales sólo están justificadas cuando cumplen tres requisitos. Deben ser:

Idóneas, es decir, si la amenaza de pena puede contribuir a la protección del bien jurídico en cuestión.

Necesarias, esto es, si el recurso a la sanción penal resulta imprescindible para asegurar el efecto social perseguido

Proporcionales (en sentido estricto), es decir, en la medida en que una comparación entre el desvalor del hecho delictivo y la pena se colija que la sanción elegida resulta adecuada.³⁴¹

6. UNA SOLUCIÓN REPUBLICANA PARA LOS DAÑOS ACUMULATIVOS

Para que la censura penal de la clase de conductas aquí trabajadas esté justificada, las tipificaciones deben cumplir con los tres requisitos propuestos por el principio de *proporcionalidad*, a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

³⁴⁰ Dado que esta posición afirma que puede censurarse a través del derecho penal a una conducta sólo cuando ocasione un daño, también se denomina a este principio como de *lesividad*.

³⁴¹ Cancio Meliá, Manuel y Pérez Manzano, Mercedes (2011) "Principios del derecho penal", en Lascuraín Sanchez J. y Bacigalupo S. (coord.) *Introducción al derecho penal*, Madrid, Thomson, pp. 81-110, p. 98

Se tomará como punto de partida el modelo de derecho penal republicano. El republicanismo –como se ha visto en el capítulo III– realiza su construcción teórica desde una idea muy simple, la de libertad entendida como no dominación. Con arreglo a ella uno es libre en tanto y en cuanto no se encuentre a merced o dominio de otro. Así, no debe encontrarse sometido al poder arbitrario ejercido desde el Estado o desde los particulares. Para esta concepción, el delito es uno de los casos más comunes de ejercicio de poder arbitrario de algunas personas sobre otras. Para el republicanismo, lo importante es poder elegir libremente entre las diferentes opciones disponibles para manejar la propia vida. Dirá que se ha coartado la libertad cuando la elección de alguna de estas opciones es imposible, o adquiere mayores costos. Hecho que puede tener lugar, o bien porque se produce en una interferencia arbitraria –del Estado o de un particular–, o bien porque alguien posee la capacidad arbitraria de interferir en las opciones de otro, sin riesgo para su persona.

Los republicanos, como ya se ha reseñado, creen que los delitos pueden ser reprobables por tres motivos:

- (a)_porque [son] una negación del status de la víctima como persona no dominada o libre no susceptible de interferencia arbitraria ajena.
- (b)_porque reduce[n] el alcance de las opciones no dominadas de la víctima, eliminando ciertas opciones, o elevando el coste, o eliminando la posibilidad de opciones.
- (c)_porque [producen una] distribución de la no dominación en la sociedad globalmente considerada, [tal que] mantiene como posibilidad permanente para la víctima, y para cualquiera que se halle en la clase de vulnerabilidad de la víctima, el padecimiento de interferencias [arbitrarias].³⁴²

El primero de los casos (a) se refiere a las situaciones donde la posibilidad de realizarla acción censurada por la tipificación compromete la libertad de las personas para utilizar un *recurso* necesario para que gobiernen sus vidas conforme a sus propias decisiones, ya que tal uso queda sujeto a la arbitrariedad de otro; el segundo (b) alude a situaciones donde la acción censurada condiciona la posibilidad de que las personas sean autoras de su propia vida, porque destruye (o hace más costoso el uso de) un *recurso* necesario para ello; y el tercer motivo (c) implica prohibir conductas que puedan afectar o comprometer el *status no dominado* de la comunidad (o de un sector de ella) en cuanto a tal.

³⁴² Pettit, Philip, (1997) *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Bs. As. Paidós, [Trad. Toni Domenech], p. 206

Conforme a la *segunda* solución propuesta para resolver el problema de los daños acumulativos (TEI), la prohibición penal encontraría en (b) y (a)³⁴³, los motivos que justifican su tipificación. Respecto de (b), la justificación sería que la prohibición se dirige a impedir que las acciones de los sujetos condicionen la posibilidad de que las víctimas sean autoras, libremente, de sus vidas. En los casos 1, 2 y 3, la referencia es a los pobladores de X. Así, cuando alguien afecta la integridad física o mata a alguien, ese acto afecta el status no dominado libre de la víctima. Si alguien mata a otro sujeto, reduce a cero el alcance con el que gozaba de no dominación. Si alguien contamina totalmente el río, dando como resultado que cada poblador de X no pueda beber agua, la conclusión es similar. Sin embargo, cuando cualquiera de las empresas de los casos 1 y 2, o la empresa K del caso 3 realizan sus vertidos tóxicos, condicionan no ya el alcance de la libertad de los sujetos para gobernar sus vidas conforme a sus propias decisiones, sino su intensidad. Aunque no la eliminan totalmente –ya que los pobladores de X pueden seguir bebiendo agua–, hacen que esa opción sea más costosa. Las empresas “*incrementan la dificultad del disfrute de la no dominación, haciendo que algunas de las opciones disponibles sean más costosas*”³⁴⁴. Esto es así, porque si una empresa vierte sus desechos en el río, los pobladores de X ya no podrán disponer de él de la misma manera que antes de que se produjera la acción censurada. Aún más –y esto es lo que coloca a esta clase de prohibiciones como una que encuentra fundamento también en (a)– si no se prohíbe a las empresas instalarse en las márgenes del río y verter en él sus desechos, los pobladores de X verán comprometida su libertad. Esto, dado que, si no existe costo alguno para quien tiene la capacidad de contaminar el río, los pobladores de X sólo podrían seguir bebiendo agua si cada una de las empresas tiene la *gracia* de no arrojar sus desechos. La no prohibición de semejantes conductas compromete la libertad en el sentido del motivo republicano (a) para justificar las prohibiciones penales, pues los pobladores de X sólo podrían seguir bebiendo agua del río mientras cada una de las empresas así lo permitan. La opción de los lugareños de saciar la sed con el agua del río estaría dominada por ellas. La

³⁴³ En la *primera* de las soluciones propuestas (TAB), es decir aquella en la que los actos individuales son censurables porque juntos ocasionan un gran perjuicio, los motivos que justifican la prohibición podrían ser los siguientes. Si se considera el bien jurídico ambiente como dependiente de los intereses personales, el motivo sería el segundo (b), porque tales actos juntos, impiden que las personas de la población X de los casos 1 y 2, sigan contando con la opción de beber agua del río: reducen el alcance de la no dominación de los pobladores de X. En cambio, si se considera el bien jurídico como autónomo, el motivo sería el tercero (c), pues la conducta censurada sería idónea para ocasionar una imposibilidad permanente para los pobladores de X (o cualquiera que se encuentre en su lugar) de beber agua potable del río al que las empresas vierten sus desechos.

³⁴⁴Pettit, Philip (1997) “Republican Theory and Criminal Punishment” en *Utilitas* Vol. 9 N° 1, March 1997, Edinburg University Press, 1997 pp. 59-79, p. 69

tipificación, en tal caso, se encontraría justificada porque se dirige a fomentar la existencia de un *status no-dominado* de los sujetos.

De este modo, la filosofía política republicana puede aportar razones para justificar la prohibición de conductas como las realizadas por las empresas en los casos 1, 2 y 3. Sin embargo, ¿sus tipificaciones cumplen con los tres requisitos del principio de proporcionalidad, a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad (en sentido estricto)? Sólo si la respuesta es afirmativa, la prohibición penal se encontraría justificada. En caso contrario, la tarea debe ser realizada, a lo sumo, por otra rama del ordenamiento jurídico.

- Una prohibición penal será *idónea* –en términos republicanos– cuando la amenaza de pena pueda fomentar la existencia de un *status no-dominado*, según los motivos (a), (b) o (c). De acuerdo con la TEI deben analizarse los motivos (a) y (b). Respecto de (b) en los casos de las empresas contaminantes, la censura de tales conductas se puede considerar un medio idóneo para proteger la fuente de agua potable de las personas del poblado X, porque de no existir, cada vertido de desechos al río haría que el uso del agua fuera más difícil. Así, la censura penal de conductas como las descritas contribuye a que no aumente el costo con que cada persona puede ejercer sus opciones no dominadas. Respecto de (a), la censura penal adquiere mayor justificación si el criterio para evaluarla es la idoneidad. La razón de ello es que aquí, lo importante no es la interferencia real que se produce con cada uno de los vertidos, sino sólo la posibilidad de que ello pueda tener lugar. Si existe una prohibición destinada a evitar la interferencia arbitraria, el poder de dominio que tienen las empresas sobre los pobladores de X se reduce. De modo que, dado que arrojar desechos tóxicos al río ahora es más costoso, puede colegirse que la prohibición es un medio idóneo respecto de (a), y por tanto sirve para fomentar la existencia del *status no-dominado* de los sujetos.

- El segundo de los criterios es el de la *necesidad*, es decir, el que establece que sólo es legítima la prohibición penal cuando resulta imprescindible para lograr el efecto social perseguido. Para el republicanismo tal efecto viene establecido por fomentar la existencia de un estado de cosas donde las opciones de las personas no se encuentren dominadas por otros. En los casos 1, 2 y 3, la prohibición penal sería un medio imprescindible que contribuye a que los pobladores de X puedan seguir bebiendo agua potable. Nuevamente, al someter la prohibición al criterio de *necesidad*, se deben observar los motivos reprobables republicanos (a) y (b): (b) significa que una prohibición puede ser legítima cuando se dirige a impedir un acto que reduzca el alcance de las opciones no dominadas de

los sujetos, eliminándolas, elevando su coste o eliminando la posibilidad de opciones; (a), por su parte, legitima las prohibiciones penales cuando tienden a evitar una acción que niegue el status no-dominado de las personas. En este punto, pues, la cuestión que queda por responder es si estos dos objetivos (o alguno de ellos) sólo pueden ser alcanzados (o más débilmente, pueden ser alcanzados de mejor manera) a través de las tipificaciones penales y no por medio de otros recursos menos gravosos. Por lo tanto, para responder a esta pregunta, es necesario explicar, al menos someramente, por qué el derecho civil y el derecho administrativo no pueden dar respuestas satisfactorias al inconveniente.

Se comenzará por el derecho civil. La historia tradicional, y aceptada mayoritariamente sobre la aparición del derecho penal, indica que surge como un mecanismo institucional para poner fin a las venganzas privadas. En el estado de naturaleza –previo al nacimiento de los Estados– la lógica respondía al axioma: “tú me pegas, pues yo te lo devuelvo”. Cuando surgen los diferentes clanes o grupos, se incluyen en ellos muchas familias. Así, las venganzas individuales pasaron luego a ser de los clanes. Para evitar una cadena interminable de venganzas y contra-venganzas, surge el Estado con la pretensión de institucionalizar el conflicto. Ahora bien, tradicionalmente se sostiene que el derecho penal es el mecanismo que utilizó el Estado para realizar esta tarea. Sin embargo, si se repara en que las venganzas respondían a ofensas individuales o familiares, falta explicar por qué la institucionalización de la resolución de conflictos pasa a ser un asunto público. A este respecto, Richard Dagger³⁴⁵ explica que una vez abandonado el estado de naturaleza, el sistema jurídico se construyó en dos etapas. En la primera, se institucionalizó la venganza individual o del clan, en el sentido de un sistema gobernado por la ley. Aquí, los intereses a proteger eran, como antes, privados. Por eso el sistema legal que utilizó el Estado fue el derecho civil, y no el penal³⁴⁶. Se instituyó un sistema de compensaciones económicas, sustituyendo la venganza taliónica, por daños económicos. La segunda etapa tuvo lugar cuando empieza a surgir algún sentido de comunidad. Las personas comienzan a ser miembros de lo público en la medida en que aceptan que ese sistema de reglas puede serle aplicado a todos ellos. Surge entonces el derecho penal como mecanismo dotado de potencial para proteger intereses, tanto privados como públicos. En el esquema aquí propuesto, para

³⁴⁵ Dagger, Richard (2013) “Republicanism and the foundations of criminal law” en Duff, R.A. & Green S.P (ed), *Philosophical foundations of criminal law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 44-66, sigue el análisis de James Q. Whitman.

³⁴⁶ Ídem, p.56.

fomentar la existencia de un estado de cosas donde las opciones de los sujetos que forman parte de la comunidad gocen de no dominación. Así, sostiene Dagger:

En la medida en que el derecho penal trabaja para garantizar a las personas contra los delitos de las demás, protege su interés en la salud, la seguridad, la propiedad, entre otros. Al hacerlo, además, promueve su autonomía, tanto en el sentido de su libertad para realizar sus asuntos y en el sentido más fuerte del autogobierno. El derecho penal requiere un sentido de lo público. El Derecho penal proscribe y castiga ciertas actividades que pueden ser identificadas como males públicos.³⁴⁷

Conforme al punto de vista aquí explicado no es una diferencia de gravedad, sino una cualitativa, lo que distingue al derecho civil del penal. El derecho civil se encarga de los asuntos privados, y el derecho penal de los públicos. Entonces, ¿son una afrenta pública las consecuencias de las acciones de las empresas de los ejemplos 1, 2 y 3 propuestos?, ¿O sólo afecta a intereses privados? Si fuera una afrenta a intereses privados, el derecho penal no sería necesario; pero sí, si esas conductas representan males públicos³⁴⁸. La no dominación es un status. Como tal, su importancia radica en que gracias a él es posible que cada persona pueda gobernar su vida conforme a sus propias decisiones. Los intereses privados de estas personas están representados por la posibilidad de realizar las opciones que crean convenientes para su vida. Sin embargo, existe un interés público en que el de *status-no-dominado* sea respetado. Es un interés público por dos motivos: primero, porque la no dominación es lo que posibilita una vida en comunidad beneficiosa para todos sus miembros, sean quiénes sean estos; segundo, porque ese *status* es un requisito imprescindible para que cada uno –sea un sujeto presente o futuro, particular o general– pueda ser autor, de manera libre, de su propia vida.

Si se recuerdan los motivos por los que los republicanos legitiman la censura penal, se observará que es necesario que existan tipificaciones penales de la clase analizada en el presente trabajo. Conforme a (b), las acciones de cada empresa de los casos 1, 2 y 3, no producen ninguna afectación total a un interés individual desde que los pobladores de X pueden seguir bebiendo agua. Sin embargo, como cada vertido restringe el alcance o el costo de las opciones no dominadas de los sujetos que pretenden beber agua del río, la acción se convierte en un mal público. Esto es así porque impide que se pueda utilizar el agua –por todos y por cada uno– de la misma forma que antes a la realización de la acción censurada. Conforme a (a), la necesidad de tipificación penal se advierte con mayor claridad ya que para

³⁴⁷ Ídem, p. 58

³⁴⁸ Existe una diferencia entre la propuesta de Dagger y la presente. Él entiende que lo público debe identificarse con el autogobierno; en cambio aquí, el *status-no-dominado* de los sujetos es lo que adquiere el carácter de público.

poder utilizar el derecho civil –que es esencialmente compensatorio– el daño tendría que haberse producido ya. En cambio, la prohibición penal es un costo para la acción de los infractores que tiende a fomentar el *estatus no-dominado* de los pobladores de X. La afectación del *estatus-no-dominado* es un mal público.

La posible objeción de que los actos que producen consecuencias lesivas, pero menores o imperceptibles, debieran quedar en la órbita del derecho administrativo, también puede ser contestada. La opinión mayoritaria traza la diferencia entre las faltas correspondientes al derecho penal, y aquellas que deben quedar en el ámbito del derecho administrativo del siguiente modo:

las infracciones criminales se reservaran a las conductas que lesionen o pongan en concreto peligro los bienes jurídicos protegidos, mientras que sólo deberían ser infracciones administrativas aquellos comportamientos que generen un riesgo meramente estadístico, abstracto para el objeto de protección.³⁴⁹

Conforme a esta conceptualización, si las conductas identificadas con lo que se ha llamado delitos acumulativos son delitos de peligro abstracto (como sostiene la posición mayoritaria), debieran quedar en el ámbito del derecho administrativo; pero no si son de peligro concreto o de lesión. Esta construcción indica que en la primera de las soluciones propuestas al problema de los delitos acumulativos (TAB) –es decir, aquella en la que los actos individuales son censurables porque que juntos ocasionan un gran perjuicio– las tipificaciones deben quedar en el ámbito del derecho administrativo. En cambio, cuando se sigue la TEI, las afirmaciones deben ser diferentes. Aquí, conforme al republicanismo, los motivos de criminalización serían (a) y (b). Conforme a (b), las acciones individuales de cada empresa aumentan el costo de la opción no dominada de los pobladores de X de beber agua potable. Por tanto, ya no sería siquiera un delito de peligro concreto, sino uno de lesión³⁵⁰. En tanto que conforme a (a), la mera posibilidad de arrojar residuos en el río lesiona el *status-no-dominado* de los pobladores de X, por lo que también es un delito de lesión, que debe ser, por tanto, objeto de regulación penal y no administrativa.

³⁴⁹ Cancio Meliá, Manuel y Pérez Manzano Mercedes (2011) “Principios del derecho penal”, en Lascuraín Sanchez J. y Bacigalupo S. (coord.) *Introducción al derecho penal*, Madrid, Thomson, pp. 81-110, p. 97

³⁵⁰ El entendimiento de tales delitos como de lesión y no de peligro –sea este concreto o abstracto–, es compartido por Ignacio Berdugo. Sin embargo, el autor niega que esté justificada la tipificación penal de cada acto individual, porque sostiene que sólo de manera conjunta con otros actos de igual índole tienen la virtualidad para representar aquella lesión que el derecho penal está legitimado a evitar. Sostiene “*el riesgo que se quiere evitar viene de la posibilidad de realización de conductas análogas, no de la conducta aisladamente considerada, que nunca es de peligro sino de lesión, de escasa o muy escasa importancia, pero de lesión*” (Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio (2012) *Viejo y Nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del derecho penal de hoy*, Madrid, IUSTEL, p. 224)

- Aún queda por analizar la prohibición de esta clase de conductas a través del filtro de la *proporcionalidad*. Sólo si lo pasa, se podrá decir que la tipificación está justificada sin quebrantar el principio de que el derecho penal debe ser *ultima ratio* de sistema legal. La proporcionalidad (en sentido estricto) implica que en la comparación entre el desvalor del hecho delictivo y la pena se colija que la sanción elegida resulta adecuada. Este requisito no plantea objeción alguna a la tipificación penal sino sólo a la medida de la pena. Se ha dicho que, conforme a la segunda propuesta de solución (TEI) de los delitos acumulativos, los motivos republicanos que justifican la prohibición son (a) y (b). Se ha visto que el motivo (a) adquiere mayor importancia para contestar a las objeciones que plantea el principio de *necesariedad* de la prohibición. En este punto, es el motivo (b) el que permite graduar las penas conforme a la afectación realizada.

En los casos 1, 2 y 3, la posibilidad de que las empresas arrojen sus desechos en el río, afectando de ese modo la potabilidad del agua, genera un piso que supone una prohibición penal justificada. El criterio republicano (a) da cuenta de este asunto. Sin embargo es (b) el que permite mensurar las penas. Conforme a (b), cada acción de cada empresa aumenta los costos de las opciones no dominadas de los habitantes de X de beber agua potable. Así, si todas las empresas vierten sus desechos en el lapso de un mes, la opción de beber agua quedará eliminada. Éste es el tope de pena, el máximo. Luego, desde tal razonamiento no existe óbice a modular la pena dependiendo del costo (previsible) que han de sufrir los pobladores de X para ejercer la opción no dominada beber agua. De manera inversa: la sola posibilidad de arrojar residuos, sin costos para el que lo haga, ya restringe el *status no-dominado* de los pobladores de X. Por lo que, cuando alguna empresa intenta verter sus desechos, ya existe un piso de penalidad justificada destinada a fomentar aquel status. A esa penalidad se debe adicionar la que corresponde al aumento del costo de la opción no dominada *beber agua* de los pobladores de X. La pena debe corresponder a la restricción experimentada. Cuando otra empresa realiza la misma acción se le debe aplicar la misma pena.

De acuerdo con el ideal republicano, las prohibiciones de conductas que producen consecuencias pequeñas pero que pueden afectar a muchas personas están justificadas, porque, como se ha visto, es posible superar las objeciones planteados por el principio de subsidiariedad o del derecho penal como *ultima ratio* del sistema.

7. CONSECUENCIAS

Para finalizar, dos breves consideraciones. La primera se refiere a la denominación “delitos acumulativos”. Ésta sólo es correcta si se acepta la primera de las soluciones propuestas (TAB), es decir aquella que responsabiliza al sujeto por lo que el efecto de su acto representa unido a los efectos de los actos de los demás. En cambio, si se acepta la segunda solución propuesta (TEI), ya no es posible llamar a estas conductas delitos acumulativos, porque de lo que se responsabiliza es del efecto que produce la conducta individual capaz de afectar a un gran número de personas.

El segundo comentario pretende observar si las dos justificaciones propuestas superan los requisitos que exige un derecho penal respetuoso de las garantías individuales. Los teóricos penales sostienen que para que esto sea así, se deben satisfacer tres requisitos:

- Un marco de legitimidad de intereses a proteger, con relación a su fundamento, en los intereses personales.
- Una estructura de imputación basada en la responsabilidad subjetiva e individual.
- Y un principio de lesividad enfocado a un resultado tangible respecto del menoscabo de un bien jurídico material, reconducible, a través de un nexo causal empíricamente verificable, a la competencia del dominio del agente en su esfera de acción más cercana.³⁵¹

Por consiguiente, para que la construcción recién esbozada no se aparte del objetivo propuesto, debe poder cumplir con estos tres requisitos. En primer lugar, un derecho penal respetuoso de las garantías sólo debe proteger intereses personales. No se ve por qué este requisito no se encontraría satisfecho. El objeto de protección, se ha dicho, no es el ambiente en sí mismo, como usualmente se atribuye a quienes buscan protegerlo a través del derecho penal. Se protege el ambiente como *recurso* que posibilita el libre desarrollo de cada persona en particular, es decir para que cada uno pueda gobernar su vida conforme a sus propias decisiones. Se trata de evitar que pueda realizarse un asalto a las opciones (no dominadas) de los sujetos, es decir, que ellas sean eliminadas, o que su uso sea más costoso.

El segundo punto, referido a una estructura de imputación basada en una responsabilidad subjetiva e individual, aparece como el más problemático para la primera solución propuesta (TAB). Sin embargo, se ha visto que es posible justificar las prohibiciones penales de los daños acumulativos sin tener que renunciar a él. Como se dijo, la responsabilidad es subjetiva e individual, porque a cada sujeto se le reprocha su propio hecho.

³⁵¹ Alcácer Guirao, Rafael, (2002) “La Protección del Futuro y los Daños Cumulativos”, en *RECPC* 04-08-02 <http://criminet.ugr.es/recpc>: p. 10

Se lo castiga por la acción de contravenir una norma sobre la base de que: por un lado, sabe que las consecuencias potencialmente peligrosas de su modo de actuar son indomables; y por otro, realiza la prognosis de que otros realizarán conductas idénticas a las propias, de modo que en su conjunto pueden menoscabar gravemente a los bienes jurídicos. La segunda de las soluciones propuestas (TEI) no encuentra ninguna objeción en este requisito puesto que sólo se tienen en cuenta los efectos de la conducta individual.

En tercer lugar, tampoco se ve suprimido el principio de *lesividad*. Aunque, lo cierto es que en este punto era la segunda de las soluciones propuestas (TEI) la que más explicaciones debía dar al respecto. Así, en primer lugar se debe realizar una precisión conceptual. Dado que la TEI implica que la realización de una conducta que tiene efectos minúsculos o imperceptibles no es peor que aquella conducta cuyos efectos son mayores, la objeción propia del principio de lesividad está fuera de lugar. Sin embargo, si esta respuesta de índole conceptual no fuera suficiente, debe recordarse lo expresado cuando se analizó el principio de mínima intervención del derecho penal. En ese momento se ha sugerido cómo la propuesta republicana puede dar cuanta de este requisito. También la primera solución (TAB) cumple con el requisito, porque cada acción individual tiene potencialidad para menoscabar la capacidad funcional del *recurso* necesario para que cada quién pueda gobernar sus vidas conforme a sus propias decisiones. El *recurso* experimenta una pérdida en su valor, que se ve reflejada en los mayores costos que hay que pagar para su utilización. “*El daño significa forzosamente que los costes de nuestra explotación de varias oportunidades se incrementan, o que en ciertas oportunidades se nos cierran*”³⁵². No obstante, si se cree que esta segunda (TAB) es la solución correcta, debiera dejarse la tipificación en el ámbito del derecho administrativo sancionador –fuera del derecho penal–³⁵³, porque cada acción no afecta al

³⁵² Pettit, Philip (1997) *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Bs. As. Paidós, p. 183.

³⁵³ Distinta es la tesis de Feinberg, quien adhiere a (TAB), pero no obstante no piensa que las conductas deben ser sancionadas por el derecho administrativo. El autor afirma que dado que cada conducta individual no puede superar la barrera que exige el principio del daño, es tarea del derecho administrativo establecer los límites de emisión permitidos. Sin embargo, la violación a las autorizaciones administrativas, cree, no deben sancionarse a través de esa misma rama del ordenamiento jurídico. Puede utilizarse de manera justificada el derecho penal, debido a que la infracción a la norma administrativa representa un mal público que concierne a aquel. Sólo que esta vez tiene una función derivada: estableciendo sanciones de respaldo para hacer cumplir las órdenes administrativas. (Feinberg, Joel (1984), *Harm to Others: the moral limits of criminal law I*, New York, Oxford University Press, p. 229). Esta propuesta, si bien parece en principio plausible, debe aceptar una costosa afirmación. Esto es, que el delito, entonces, no estaría constituido por una afectación a un recurso necesario para que cada quien sea autor de su propia vida, sino meramente por una desobediencia administrativa. Así, no se estaría castigando la afectación a determinados recursos, sino sólo que se lo hace de una manera no autorizada. (Véase Müller-Tuckfeld, Jens C. (2000) “Ensayo para la abolición del derecho penal del miedo ambiente” en

recurso. Esta es la razón por la cual, si se cree que conductas como las descritas deben estar prohibidas penalmente, debe optarse por la segunda solución (TEI), es decir por aquella que da importancia a las consecuencias de los actos individuales, aun cuando sean pequeñas o imperceptibles.

CAPÍTULO VII

EL CASO BARRIO ITUZAINGÓ ANEXO DE LA CIUDAD DE CÓRDOBA

“The fact itself, of causing the existence of a human being, is one of the most responsible actions in the range of human life. To undertake this responsibility –to bestow a life which may be either a curse or a blessing– unless the being on whom it is to be best owed will have at least the ordinary chances of a desirable existence, is a crime against that being.”

(Mill, John S. (1989[1859]) *On Liberty*, London, The Walter Scott Publishing Co., p. 205)

CAPÍTULO VII. EL CASO BARRIO ITUZAINGÓ ANEXO DE LA CIUDAD DE CÓRDOBA

INTRODUCCIÓN

Al comenzar este trabajo, se dijo que la importancia de realizar una tarea como la que se hizo se encontraba en tres ámbitos. En primer lugar, porque el desarrollo de un criterio normativo que indique cuándo está moralmente justificada la existencia de una prohibición penal, sirve para evaluar concretos ordenamientos jurídicos. En segundo lugar, puede ser tenido en cuenta a la hora de proponer una reforma legislativa. En derecho penal, a este segundo punto se lo suele entender como una actividad propia de lo que se denomina “política criminal”, particularmente del segmento que se refiere a la *racionalidad* de tal actividad³⁵⁴. En tercer lugar, también se dijo que, en la medida en que la legislación vigente lo permita, ese criterio podría ser utilizado para orientar las decisiones de los jueces. Aunque en los capítulos anteriores se han realizado evaluaciones de posibles esquemas de tipificación y censura, y por tanto se ha propuesto un modelo a seguir en futuras propuestas legislativas, no se ha analizado ningún pronunciamiento judicial concreto a través del prisma de los criterios propuestos. Para finalizar el trabajo, se colmará esa laguna revisando un precedente judicial – de gran importancia para la Argentina– que quizás podría haber tenido una mejor solución si hubiese seguido los criterios aquí propuestos³⁵⁵.

1. LOS HECHOS

Aunque los fallos *ambientales* en la República Argentina cuentan con cierta trayectoria³⁵⁶, el que se va a comentar posee la importancia de ser el primero donde tal

³⁵⁴ Calificada doctrina afirma que la política criminal encuentra su eje en la prevención de la delincuencia. En tanto que “*la cuestión de la racionalidad de la prevención estará centrada en sus límites, en el respeto a los parámetros de ilicitud en la actuación de los poderes públicos y privados, el cual no es otro que el respeto de los derechos fundamentales*”(Zúñiga Rodríguez, Laura (2001) *Política Criminal, Madrid*, Colex, p.39)

³⁵⁵ En este capítulo no se intenta analizar qué es lo que sostiene la jurisprudencia argentina en tópicos como los propios del trabajo aquí realizado. Para ello sería necesario reseñar mayor número de casos. El objetivo es, simplemente, tratar de mostrar cómo los criterios desarrollados en la investigación pueden aplicarse incluso a las decisiones judiciales.

³⁵⁶ Entre los fallos más relevantes se pueden enunciar: Roca, Magdalena c/ Buenos Aires, Provincia de (16/05/1995 - Fallos: 318:992) sobre protección ambiental; Gardin, Jorge V. s/ inhibitoria (28/02/1995 - Fallos: 318:244), Averiguación s/ pta. Infracción ley 24.051” (04/05/1995, Fallos: 318:854) y Lubricentro Belgrano s/ inf. Ley 24.051 (15/02/1995 - Fallos: 323:163) referido a la ley de Residuos peligrosos; Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable (08/09/2003 – Fallos: 326:3051) por Daño ambiental y Gravamen irreparable; Municipalidad de Magdalena c/ Shell Compañía de Petróleo Sociedad Anónima, Shiffarts Gessell - Schaft M.S. Primus Co.” (19/11/2002 –Fallos: 325:3051) por responsabilidad por derrame de petróleo; Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo

materia es planteada en el fuero penal. La referencia es al conocido como “caso de Barrio Ituzaingó Anexo, de la ciudad de Córdoba³⁵⁷” (Argentina). En éste, la Cámara 1° del Crimen de la ciudad de Córdoba³⁵⁸, en un pronunciamiento dictado el 4 de setiembre de 2012, condenó a dos de los imputados por haberlos considerado responsables del delito de contaminación ambiental penado por el artículo 55 de la Ley de Residuos Peligrosos (Ley N° 24.041).

El barrio Ituzaingó Anexo, en las afueras de Córdoba, comenzó a padecer gran cantidad de enfermos de cáncer y niños con malformaciones. En él vivían cinco mil personas, doscientas de ellas padecían cáncer. Se constataron casos de jóvenes de 18 a 25 años con tumores en la cabeza y mortandad en sujetos de entre 22 y 23 años. Además, malformaciones en niños recién nacidos tales como: una malformación renal no especificada, causa de una fatalidad. A ello hubo que añadir un caso de polidactilia y cardiopatía, un caso de polidactilia aislada y un caso de tubérculo preauricular. Los habitantes del barrio miraron alrededor y localizaron las causas de tanto mal: al este, al norte y al sur había campos de soja sólo separados por la calle, y las fumigaciones con agro-tóxicos llegaban hasta las puertas de las viviendas.

A la vista de tales consecuencias, el asunto llega a los tribunales de la provincia de Córdoba, donde se constata que en las zonas aledañas al mentado barrio existían campos con cultivo de soja. Asimismo, que su propietario había efectuado fumigaciones con productos químicos de uso prohibido por la autoridad de aplicación, los que tenían la potencialidad de generar semejantes consecuencias. Se utilizaron endosulfán, y glifosato, entre otros. El primero, es usado como fuerte insecticida para el control de plagas y puede producir –si entra en contacto con seres humanos– deformidades congénitas, desórdenes hormonales, parálisis cerebral, epilepsia, cáncer y problemas de la piel, vista, oído y vías respiratorias. En cuanto al glifosato –que se comercializa en la Argentina bajo del nombre de Roundup, de la

Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica” (26/05/2010 - Fallos: 333: 748)referido a Medida cautelar, principio precautorio; Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional (B. 140 XLVII, 03/07/2012) medida cautelar sobre protección de los glaciares y del ambiente periglacial; hasta las mega-causas de contaminación de la cuenca Rio Matanza-Riachuelo: Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (M. 1569. XL; ORI), pronunciamiento de fecha 20/06/2006 (Fallos: 326:2316) – hasta pronunciamiento de fecha 14/08/2012 por cumplimiento de la sentencia definitiva, intimación e informe; Salas, Dino y otros c/ Provincia de Salta y Estado Nacional, por Desmontes y talas, Pronunciamiento del 26/03/2009 (Fallos: 332:663) Medida cautelar por daño grave y afectación de generaciones futuras.

³⁵⁷ Causa: “Gabrielli Jorge Alberto y otros p.s.a. Infracción Ley 24.051” Fecha de la resolución: 4 de septiembre de 2012

³⁵⁸ Tribunal integrado por: Dr. Jorge Lorenzo Rodríguez, Dra. Susana Cordi Moreno y Dr. Mario Capdevila.

multinacional Monsanto— se sabe que si una mujer embarazada es expuesta a él, ya sea por pulverización aérea o terrestre, y este llegara al embrión, en tres meses o se produce muerte embrionaria con un aborto espontáneo o, si se salva, puede darse una malformación.

2. EL FALLO

El delito por el que se condena a los imputados es el art. 55 de la ley 24.051, que prescribe que: “Será reprimido con las mismas penas establecidas en el artículo 200³⁵⁹ del Código Penal, el que, utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de reclusión o prisión.”

El tribunal condena a dos de los imputados a una pena de tres (3) años de prisión en suspenso: a A. F. R. Parra (en adelante “A”) por instigar a una persona a efectuar una fumigación terrestre utilizando productos químicos prohibidos, contaminando el ambiente del barrio Ituzaingó de un modo peligroso para la salud de sus habitantes, en febrero de 2004. Además, por realizar la misma conducta en enero del año 2008, respecto del otro imputado, E.J. Pancello (en adelante “E”) a quien se condena por efectuar una fumigación en el área utilizando productos químicos prohibidos.

El extenso fallo, de unas 655 páginas, es especialmente rico por la cantidad de temas vinculados con los derechos de las personas, la cuestión ambiental y la problemática referida a las generaciones futuras que lo atraviesan. Sin embargo, muchas de las consideraciones vertidas tal vez no pueden ser aceptadas sin más, dado que el tribunal pasó por alto algunas distinciones y discusiones; como así también mezcló otras, dificultando su comprensión. En el fallo, se discute sobre si es necesaria la existencia de una relación de causalidad entre las conductas desplegadas por los condenados y los resultados lesivos para las personas, o si por el contrario es suficiente con que las conductas sólo tengan la potencialidad de ocasionar daño —en cuyo caso podrían ser castigadas en virtud de una violación al principio de *precaución*—. Asimismo, se considera relevante la afectación al ambiente como requisito para la imposición de una sanción penal. Sin embargo, no resulta del todo claro si se entiende el ambiente como

³⁵⁹ Código Penal Argentino (Libro II, Capítulo IV Delitos contra la salud pública. Envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas): ARTÍCULO 200. - Será reprimido con reclusión o prisión de TRES (3) a DIEZ (10) años y multa de PESOSDIEZ MIL (\$ 10.000) a PESOS DOSCIENTOS MIL (\$ 200.000), el que envenenare, adulterare o falsificare de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas.

un valor que en sí mismo debe ser protegido, o bien sólo debe serlo cuando su degradación puede afectar a la salud de las personas. Por último, dentro de los posibles daños acaecidos, se contemplan tanto aquellos padecidos por personas vivas, como por fetos durante el embarazo, e incluso por sujetos aún no concebidos en el momento de realizarse los actos contaminantes. Esto puede que no sea correcto, dado que en tales casos –a excepción del perjuicio causado a personas vivas– es discutible que exista, siquiera, la posibilidad de dañar.

Efectuadas estas consideraciones, la tarea a proponer aquí es analizar por separado cada uno de esos tres temas sugeridos. En cada uno de ellos se propondrá una solución acorde a los criterios defendidos precedentemente, y que además sea más satisfactoria. En primer lugar se considerará la cuestión de si el ambiente ha de ser considerado como valor en sí mismo, o como importante sólo en la medida que posibilita la vida de los seres humanos. En segundo lugar, se hará referencia a si es necesario o no que exista una relación de causalidad entre los hechos y los resultados. Finalmente, en tercer lugar, se indagará sobre la cuestión del posible daño a los tres grupos explicitados, a saber: personas vivas, concebidas y no nacidos.

3. EL AMBIENTE COMO *RECURSO* A PROTEGER POR EL SISTEMA JURÍDICO

En el capítulo VI, se han analizado tres posiciones referentes al sentido en que el ambiente es un *recurso* a proteger por el sistema jurídico. El fallo bajo estudio se pronuncia muy pocas veces sobre el asunto y no lo hace de manera coherente. Del voto del Dr. Lorenzo Víctor Rodríguez, pareciera desprenderse una concepción biocéntrica del ambiente como bien jurídico. Haciendo propias las palabras de Carlos Creus, sostiene que:

La liberación de los residuos que alteran el estado preexistente del medio en que se vierte, debe tener entidad para poner en peligro la salud. Adita **que la salud como bien jurídico protegido** en este tipo, no está restringida a la protección del estado sanitario de la población, sino que se trata de una conceptualización más amplia **comprensiva de la salud de todos los componentes vivos que interactúan en el ecosistema** (pp. 369-640).³⁶⁰

Asimismo, el vocal de cámara sostuvo:

Por otra parte, no es un delito de lesión, sino de peligro, que no exige que afecte a la salud, sino que posiblemente la afecte. **Debe tratarse de residuo que antes de entrar en contacto con el elemento receptor ambiental, posea componentes que lo tornan peligroso para la salud de organismos vivos**, lo que ha quedado fehacientemente demostrado con la prueba valorada en la parte pertinente de este pronunciamiento (p.640).³⁶¹

³⁶⁰ El resaltado me pertenece.

³⁶¹ EL resaltado me pertenece.

De ambas citas se desprende una postura fuertemente biocéntrica. O al menos de las que hemos catalogado de “ética centrada en la vida”, en el sentido de no considerar necesario que intereses o derechos de las personas se encuentren o puedan encontrarse afectados. Erige a los organismos vivos no humanos como sujetos de protección con entidad suficiente para justificar la prohibición penal. Por las consideraciones vertidas en el capítulo VI, y las consecuencias inaceptables a que tal postura puede llevar, la argumentación del vocal bajo estudio, debe ser rechazada.

La Dra. Cordi Moreno, en cambio, parece seguir una posición antropocéntrica. Ella, se hace eco de las palabras de la jurista catalana Corcoy Bidasolo para justificar su voto:

La autonomía de los **bienes jurídico-penales supraindividuales** no excluye que, en cuanto se concibe el bien jurídico-penal como “intereses predominantes en la sociedad”, sólo podrán ser calificados como tales y, en consecuencia legitimada la intervención penal para su protección, **aquellos que sirvan al mejor desarrollo personal de cada uno de los individuos que la conforman** (p.646).³⁶²

Así pues, la Dra. Cordi Moreno, por tanto en su voto, hace depender la legitimidad del bien jurídico ambiente a la necesidad de entenderlos como necesarios para el desarrollo personal de cada individuo que lo conforma. Sin embargo, si bien se mantiene dentro de una postura antropocéntrica, fundamenta su voto entendiendo el bien jurídico desde una concepción *autónoma* (o *eco-céntrica*), que entiende al medio ambiente como un bien autónomo digno de protección, pero donde la razón última de su protección son los intereses de los seres humanos³⁶³. La posición *antropocéntrica*, pero que entiende al bien jurídico como *autónomo*, prescinde de considerar en el caso concreto, la afectación o puesta en peligro de las personas, conformándose sólo con constatar una lesión o puesta en peligro del bien colectivo, en este caso la salud pública objetivada en el ambiente. Esta postura se desprende de la cita ya transcrita y de la siguiente:

Se trata de un delito de peligro, que en el caso no sólo puso en riesgo potencial el bien jurídico salud pública, sino que ello trajo aparejado el sufrimiento de los pobladores de un barrio, que persisten hasta la fecha, tal como pudo apreciarse durante la sustanciación del juicio (p.650).

Obsérvese que la vocal considera que, aunque axiológicamente los bienes colectivos están subordinados a un interés personal, en el caso concreto no es necesario que éste haya sido puesto en peligro. Esa conclusión surge del hecho de que el sufrimiento de los pobladores del barrio no fue entendido como un requisito necesario para confirmar la

³⁶² El resaltado me pertenece.

³⁶³ Alcácer Guirao, Rafael, “La Protección del Futuro y los Daños Cumulativos”, en RECPC 04-08-02 <http://criminet.ugr.es/recpc>; p. 9.

imputación sino como un argumento extra que la reafirma. El peligro para la salud pública, según el voto, era suficiente. Esta posición tampoco resulta satisfactoria. Como se argumentó en los capítulos II y III, la censura penal sólo se justifica para evitar que una acción menoscabe el *status no-dominado* de un agente. Si esto es correcto, entonces no está justificada la posición que independiza totalmente la afectación del ambiente a algún perjuicio para un ser humano. Sin embargo, expresar que esto es así, no implica negar que la conducta concretamente acaecida en este caso no merezca reproche.

Afirmar que ambas posiciones deben ser descartadas, si se quiere ser coherente con la construcción antes esbozada, no lleva aún a afirmar que el tribunal podría haber llegado a una mejor solución dado el derecho positivo efectivamente vigente en la Argentina. Sin embargo, creemos que, con fundamento en el ordenamiento positivo argentino, se pueden realizar las mismas afirmaciones, es decir que hubiese sido posible dar una mejor solución. Para ello, deben darse respuesta a dos preguntas: en primer lugar, a) ¿es posible aceptar los argumentos de los vocales del tribunal dado el marco constitucional argentino?; en el caso de que la respuesta sea negativa, en segundo lugar, b) ¿ello implica que no se puede condenar a los imputados no cometieron el delito que se les adjudica?

a) Respecto de la primera pregunta, la cuestión radica en determinar el alcance del principio contemplado por el art. 19 de la Constitución. La primera parte del art.19 de la Constitución Nacional Argentina prescribe: “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.*”³⁶⁴. De esta manera, positiviza el principio que indica que el Estado sólo tiene razones legítimas para coaccionar a sus ciudadanos (a través de una pena o amenaza de sanción por ejemplo), cuando las acciones de las personas menoscaben las posibilidades de que un tercero gobierne su vida conforme a las decisiones que le son propias. La Constitución Argentina, por tanto, impide que las acciones “privadas” puedan ser accesibles al conocimiento de las instituciones. El artículo 19 marca una diferencia en el tratamiento que pueden dársele a aquellas acciones que son juzgadas –en el plano ético– por medio de la moral intersubjetiva; de aquellas que lo son desde la moral auto-referente. Así, el Estado argentino, dada la comentada prescripción, sólo legitima una prohibición penal –y posterior castigo– cuando una acción ha afectado a un tercero de modo que éste no pueda ser autor de su propia vida. Además, impide que el Estado

³⁶⁴ La segunda parte del art. 19 establece el famoso principio de *reserva* del siguiente modo “*ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe*”.

intervenga cuando las acciones son *privadas*, es decir cuando sólo afectan al sujeto que las profiere. En síntesis, el fundamento de tal artículo es la autonomía de la persona, lo que implica que el Estado no puede intervenir de manera coactiva cuando ésta no es perturbada por la acción de un tercero. Desde este punto de vista, por tanto, la conceptualización *biocéntrica* del ambiente no puede tener lugar.

Sin embargo, dado que la otra posición sostenida en el fallo posee raíces *antropocéntricas*, es posible que supere el escrutinio a que es sometido desde el principio contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional Argentina. Pues, en efecto, desde esta posición el ambiente es considerado valioso, por su funcionalidad para que los seres humanos puedan desarrollar como deseen sus propios planes de vida. Con todo, semejante tesis no requiere que las acciones concretas efectivamente afecten o pongan en peligro a los sujetos. Tampoco requiere que el ambiente sufra una afectación efectiva, sino sólo que sea puesto en peligro. Esto es problemático desde el punto de vista del artículo 19 de la Constitución, porque para una intervención coercitiva estatal legítima se requiere que la autonomía de un sujeto se vea afectada. Esto ocurre, ya sea porque la persona es efectivamente dañada o porque es puesta en peligro. Cuando sucede lo primero, la interferencia a que se ve sometida impide que la persona dañada pueda decidir de forma libre cómo llevar adelante su propio plan de vida (en el caso extremo del homicidio, se pierde toda posibilidad). Cuando una acción pone en peligro a un tercero, también afecta su autonomía porque hace que determinadas opciones antes disponibles (previsiblemente), ya no lo estén. O, aún peor, que o vea aumentadas las probabilidades de tener que tomar algún curso de acción en contra de su voluntad. Sin embargo, ya que tales extremos no se consideran necesarios en la argumentación del tribunal, sino que se prescinde de ellos, es que lo afirmado por él difícilmente pueda tener lugar dentro del marco constitucional argentino.

Estas consideraciones sirven para resaltar un aspecto de importancia en supuestos como éste. En los casos de contaminación ambiental (particularmente aquellos contemplados por los arts. 55 y 56 de la ley 24.051) es posible encontrar que una acción afecte a la autonomía de un tercero no sólo cuando las consecuencias en el ambiente ocasionan algún daño o riesgo para la salud o vida de alguna persona, sino también cuando la afectación del ambiente hace que los sujetos no puedan utilizar el ambiente como lo hacían antes de la acción censurada. Esto puede implicar que, tal vez, no puedan vivir en determinadas zonas y se vean obligados a desplazarse a otras en contra de su voluntad, o que no puedan aprovechar los recursos como antes porque, por ejemplo, están deteriorados o ya no están disponibles. La

propuesta republicana de fomentar la existencia de un *status no-dominado* de los sujetos no sólo permite proteger a los afectados de mejor manera, dado que intenta que nadie pueda dominar opciones de vida de otro sujeto menoscabando a su libertad, sino que además no se encuentra en contradicción con los principios constitucionales –como si parecen estarlo las soluciones propuestas por el tribunal. Esto, porque el republicanismo justifica la censura penal sólo cuando las acciones menoscaben en el caso concreto la autonomía de un tercero.

b) En respuesta a la segunda pregunta, de lo que se acaba de decir se desprende que, desde el punto de vista republicano, acciones como las realizadas por los condenados en el presente caso, y también otras menos graves, pueden ser castigadas legítimamente por el Estado. La consideración del ambiente como *recurso* dependiente de la afectación a las personas no implica reducir la protección a los sujetos, pues la represión será legítima si es posible que las acciones objeto de censura aumentaran las probabilidades de que los sujetos afectados o bien realicen acciones en contra de su voluntad o no puedan realizar otras. En tanto que si no es posible que nada de eso ocurra, la autonomía no ha sido (ni puede ser) menoscabada, por lo que no se ve cuál sería la razón para que el Estado intervenga de modo coactivo mediante un castigo.

Este entendimiento del ambiente, además de ser acorde con la prescripción contenida en el art. 19 de la Constitución Nacional Argentina, es compatible con el art. 41 del mismo cuerpo legal, que establece: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo”. Como se observa, dado que este artículo prescribe que son los habitantes los que gozan del derecho al ambiente sano, subordina su importancia como objeto digno de protección a los intereses de las personas. Asimismo, dicho precepto debe evaluarse como correcto desde un punto de vista moral, dadas las conclusiones alcanzadas en los capítulos precedentes en referencia a la existencia de obligaciones hacia las generaciones futuras.

4. RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Casi la mitad de las páginas del fallo se dedican a verter consideraciones referidas a la relación de causalidad existente entre las acciones de los infractores y las consecuencias nocivas de sus actos. Esto es entendible porque, en general, las cuestiones de contaminación ambiental que derivan en perjuicio para las personas son multi-causales. Tanto lo son que, aunque muchas veces es posible afirmar que una determinada actividad puede haber

contribuido a un resultado nocivo, es muy difícil sostener que fue la causa principal de ese resultado; aún más, en ocasiones no es desacertado afirmar que la acción desplegada habría sido inocua, si no se hubiese presentado en forma conjunta con otras que nada tienen que ver con la actividad de los sujetos a quienes se les reprocha su modo de actuar³⁶⁵.

Estos problemas han suscitado posiciones encontradas. Así, se ha propuesto –y el fallo no es la excepción– abordar el inconveniente desde el *principio de precaución*. El Dr. Lorenzo Víctor Rodríguez, en su voto, se hace eco de tal criterio. Refiriéndose a los componentes vertidos en el barrio se pregunta:

¿Si está demostrada su toxicidad tanto para humanos como animales, por qué semejante tiempo de espera en su prohibición?; ¿Intereses sectoriales?, ¿Intereses económicos?, ¿Compromisos gubernamentales con países que aún lo exportan?, ¿Presiones por parte de las multinacionales encargadas de su producción y venta?

No puedo contestar estos interrogantes en una sentencia penal, pese a la repercusión y preocupación social por el tema. Pero sí puedo considerar que ello deberá ser resuelto por los Organismos correspondientes y dependientes del Estado Nacional y Provincial, como así en el aspecto normativo, donde se deberá legislar al respecto, porque no cuenta el número, sino basta que uno solo de los ciudadanos resulte contaminada por esta actuación, para que se obre en consecuencia (...)

En la **Declaración de Río Janeiro** (República Federativa del Brasil), de 1992, sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de la que Argentina es país firmante del acuerdo, uno de sus resaltantes principios dice “*se debe sostener **precaución** que consiste en que no debe esperarse a que los daños ocurran, sino que basta que exista una mínima evidencia de daño, para adoptar medidas a evitar ese peligro (acciones preventivas)*”. (pp. 372-373)³⁶⁶

Asimismo, citando el informe del Dr. Ariel Depetris, experto en epidemiología, y designado por la Organización Panamericana de la Salud (OPS), para estudiar las condiciones del barrio Ituzaingó, sostiene:

Ante la mera sospecha de daño, se debe parar por aplicación del **principio precautorio**, viejo principio de la deontología médica que exige la prevención, sin exigir la certeza (p. 446).

En igual sentido se expresó la Dra. Cordi Moreno al transcribir las palabras surgidas del mismo informe:

Todas estas son circunstancias que bastan para considerar en peligro la salud humana y el medio ambiente y no hace falta la causación de un daño, no hace falta un número determinado de muertes, es inaceptable esperar esto para hablar de un nexo causal, las acciones deben ser tomadas frente al mero peligro, esto es lo que se ha dado en denominar **Principio Precautorio**, que sería lo mismo que decir que es mucho mejor y más ético, prevenir que curar (p. 545).

³⁶⁵ En parte estas dificultades son las que llevan a pensar en tipificaciones en forma de daños acumulativos.

³⁶⁶ El resaltado me pertenece.

Aunque la referencia al principio precautorio es clara, no lo es si se está aludiendo a él como uno de los criterios que deben informar a las leyes (penales) para su sanción, o bien si es el criterio con el cual juzga las acciones del caso. Esto, porque después de las mentadas referencias, que parecen aludir a los criterios que deben informar a las leyes penales, los magistrados del tribunal se dedican a argumentar por qué en el caso concreto las acciones desplegadas por los imputados pusieron en peligro (y afectaron) la salud de los habitantes del barrio Ituzaingó. Si las acciones podían *ex ante* afectar a las personas y se quiere resolver el asunto invocando el principio de precaución, no se entiende por qué habría que constatar la existencia de un daño efectivo en el caso concreto. El hecho de que una determinada acción sea potencialmente dañosa es suficiente para aplicar el principio precautorio. Quizás la explicación se encuentre en que el art 55 de la ley 24.051 exige que la utilización de residuos sea realizada “*de un modo peligroso para la salud*”. Sin embargo, el significado de esa expresión no resulta del todo claro, ya que *el modo peligroso* puede serlo: o bien en el caso concreto, en cuyo caso se justifica el esfuerzo de probar el nexo de causalidad entre las acciones y los resultados; o bien, simplemente, con arreglo a una ley general de causalidad, en cuyo caso podría imputarse y condenarse a los infractores sólo por haber realizado una conducta en concordancia con aquella, sin necesidad de ninguna referencia a la causalidad en el caso concreto. En todo caso, es innegable que el tribunal pretende argumentar en torno a la aplicación del principio de precaución, dado que es uno de esos supuestos donde “*se han identificado efectos potencialmente peligrosos derivados de un fenómeno, un producto o un proceso, y que la evaluación científica no permite determinar el riesgo con la certeza suficiente*”³⁶⁷.

El problema de la causalidad tiene que ver con la antigua cuestión acerca de una posible responsabilidad injusta por el resultado. Se intenta responder a la pregunta acerca de qué requisitos cabe plantear para determinar responsabilidad penal por un delito de resultado (incluyendo dentro de estos a los de peligro), cuando el conocimiento de los posibles efectos de las acciones no es completo. Según la opinión dominante, en esas situaciones adquiere relevancia el principio de precaución. Este principio requiere que se satisfagan dos extremos: el primero es la existencia de “amenaza de daño grave o irreversible”; el segundo es que de la conducta se derive un daño potencial, pero donde la evaluación científica no permite precisar

³⁶⁷ Romeo Casabona, Carlos M. (2004) “Aportaciones del principio de precaución al derecho penal” en el mismo (ed.) *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, Granada, Comares, pp. 385-422, p. 391

el riesgo con suficiente exactitud.³⁶⁸ Sin embargo, la cuestión tal y como recuerda Cancio Meliá, haciendo suyas las palabras de Ingeborn Puppe, requiere una distinción:

El problema involucra tres cuestiones diferentes: a) la cuestión relativa al contenido que debe exigírsele a la ley causal; b) la referida a la manera de introducción de la ley causal al proceso; y c) cual es la relación entre la afirmación causal en el caso concreto y la ley general de causalidad correspondiente.³⁶⁹

La importancia de esta distinción radica en que muchas respuestas, y el caso bajo análisis no es la excepción, se suelen sostener mezclando estos planos de análisis. Como surge de las diversas citas, las referencias a la relación general de causalidad se utilizan para comprobar que en el caso concreto existe nexo causal, y de ahí concluir que los daños y peligros sufridos por las personas tienen su causa en una ley causal general. Derivado de ello aplican el principio precautorio argumentando que no es posible comprobar tales extramos. Esta argumentación no es plausible. En realidad estamos ante una alternativa. O se argumenta invocando la ley general de causalidad y a continuación se imputan las consecuencias porque las acciones son de igual tipo a las requeridas por aquella ley. En ese caso la cuestión de la correspondencia entre la ley causal en el caso concreto y la ley causal general, es más sencilla: sólo se requerirá la realización de la acción censurada por el principio de *precaución*. O bien se comprueba la potencialidad nociva de las acciones en el caso concreto. En este último caso, el principio de *precaución* no juega ningún papel, ya que aquel sólo tiene virtualidad cuando no se conoce o no se puede conocer con certeza la potencialidad dañina o peligrosa de una acción. Si se comprueba que los resultados (incluso la puesta en peligro) tuvieron su causa en las acciones de los imputados, entonces el principio de *precaución* deviene innecesario.

a. PROMOCIÓN DEL STATUS NO-DOMINADO Y PRECAUCIÓN

Las posiciones más garantistas son reacias a la aplicación del principio de precaución en el marco del derecho penal. Aunque reconocen que en muchos ámbitos el desconocimiento cabal de determinadas relaciones causales plantea un problema práctico, creen que, si no es posible saber si alguien ocasionó efectivamente un daño, es mejor que en tales casos se privilegie la libertad de los posibles autores: si existe duda sobre si determinados efectos han sido causados por la acción de una persona, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, el caso debe resolverse como si la acción no hubiera ocasionado tales efectos. Por otro lado, los partidarios de la aplicación del principio de precaución afirman que no es necesaria la

³⁶⁸ Lorenzetti, Ricardo (2008) *Teoría del Derecho Ambiental*, México, Porrúa, p. 88

³⁶⁹ Cancio Meliá, Manuel. (2011), “Caso Contergan”, en Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez (Coord.) *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, Madrid, La Ley, pp. 207-222, p. 218

obtención de tal certeza. Creen que en los casos donde una determinada acción conlleve como altamente probable la obtención de un determinado resultado es posible, en atención al principio de precaución, reprochar la conducta realizada. Así, no obstante estas diferencias, ambas posiciones confluyen en un objetivo común, esto es en la prevención de un daño temido.³⁷⁰

Este último punto es relevante porque el modelo republicano que aquí se propone puede sustraerse al dilema planteado. Como se ha dicho, en el esquema republicano, una tipificación penal sólo se encuentra justificada cuando su existencia fomenta la existencia de un *status no-dominado* de los agentes. Asimismo, se afirmó que eso se puede hacer protegiendo penalmente los *recursos* necesarios para que cada persona pueda gobernar su vida conforme a sus propias decisiones. Por lo tanto, una determinada acción merece reproche penal cuando ha menoscabado o puesto en peligro algún recurso necesario para que las personas puedan ser autoras de sus propias vidas. Hasta aquí podría afirmarse que las dos posiciones antes esbozadas aún tienen cabida. Uno podría sostener que no es de aplicación el principio de precaución y que, por tanto, debe probarse que una acción ha afectado un recurso necesario para que una determinada persona sea autora de su propia vida. Por otro lado, podría decirse que, dado que no es posible probar con certeza que se ha afectado a un recurso necesario para el desarrollo de determinadas personas, pero que sin embargo era posible que se vean afectadas (o incluso algunas personas lo han sido, pero no puede probarse si fue a causa de una determinada acción con mayor certeza que la que provee cierto grado de probabilidad), debe aplicarse el principio de precaución.

Sin embargo, la propuesta aquí formulada no necesita aceptar ninguna de estas dos afirmaciones, y por lo tanto puede prescindir de ese principio. En el capítulo V, cuando se explicó el problema de la no-identidad, se afirmó que el fomento del *status no dominado*, no necesitaba comparar conjuntos de vidas posibles con el fin de justificar una tipificación penal, dado que era compatible con que incluso no nazca ningún sujeto. Sin embargo, tampoco podía dar importancia a la afectación de una persona particular, debido a que, si lo hacía, no podría justificarse una prohibición penal, pues la situación en la que se encontraba dicha persona era la mejor. Es decir, por más que –en nuestros ejemplos– los sujetos hubieran nacido con malformaciones o enfermedades, no existía para ellos una mejor condición en la que pudieran estar. Por tanto, sostuvimos que daba lo mismo si una determinada acción afectaba (para peor)

³⁷⁰ Romeo Casabona, Carlos M. (2004) “Aportaciones del principio de precaución al derecho penal” en el mismo (ed.) *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, Granada, Comares, pp. 385-422, p. 389

o no a una persona particular. Si esto es así, el principio de precaución en el sentido de prevenir un posible daño a un ser particular no puede jugar aquí ningún papel. La aplicación de tal principio se justifica en la prevención de un posible daño, particularmente cuando es imprevisible el que se puede ocasionar (o la probabilidad con que tal daño puede tener lugar). Dado que hemos sostenido que el daño a las personas particulares es irrelevante, el principio de precaución no puede aplicarse de manera plausible. En otros términos, como desde la propuesta aquí defendida, es irrelevante que se produzca o no de un daño a una persona particular, no es posible aplicar plausiblemente el principio de precaución con el fin de proteger a esa posible persona.

Una tipificación penal que tienda a fomentar la existencia del *status no-dominado* de cualquier persona no requiere que una determinada acción haya ocasionado un daño, entendido como un empeoramiento de una condición anterior de alguien. Para que pueda reprocharse una conducta basta que la acción pueda hacer que sea más costosa la explotación de cualquier opción de vida para alguien. Si se quiere aplicar el principio de precaución, sólo podrá hacerse cuando no se sepa la probabilidad con que se producirán tales efectos nocivos, o (con certeza) qué efectos ocasionará una determinada actividad en el *status no-dominado* de cualquier persona.³⁷¹ En el presente caso no es necesario probar tal extremo, pues las acciones desplegadas, aun cuando no hayan dañado a nadie concreto³⁷² —o, si se quiere, a pesar de ello—, hicieron más costoso el uso de algunos recursos para cualquier persona. Ocasionó que algunas personas estén (parcialmente) a merced de otras.

5. DAÑO A LOS VIVOS Y A LOS NO CONCEBIDOS

Si los dos temas anteriores resultaron espinosos, no es exagerado aseverar que éste presenta mayores complicaciones aún. Sin embargo, es una oportunidad propicia para evaluar

³⁷¹ Desde esta perspectiva debería estudiarse la posibilidad de utilizar el principio de precaución para impedir consecuencias malas en sentido impersonal. Esto es, para proteger recursos necesarios para cualquier persona, pero donde no se sabe con certeza si las acciones provocarán consecuencias nefastas (o se cree que lo harán con alta probabilidad). Robin Attfield, para los casos de responsabilidad intergeneracional propone una versión adaptada del principio del daño, de manera tal que sea sustituido por un principio de sostenimiento de la calidad de vida. Para él: “*El principio revisado autoriza la intervención para prevenir reducciones graves de la calidad de vida de cualquiera de las futuras criaturas allí donde podrían verse afectadas por una acción actual. En materias de riesgo, el principio correspondiente es el de precaución, que justifica la intervención por anticipado de la evidencia científica donde haya razones fundadas para temer pérdidas irreversibles de calidad de vida.*” (Attfield, Robin (2005[2004]) “Generaciones Futuras: Considerando todas las partes afectadas”, *ISEGORÍA* 32 (2005) [Trad. A. Pradier], pp. 35-46, pp.44-45) Sin embargo, el empleo del principio de precaución en el contexto de la doctrina de Attfield no puede ser utilizado aquí, ya que el autor de Cardiff adhiere a una postura que él mismo cataloga como consecuencialismo biocéntrico.

³⁷² En el sentido de menoscabar una condición anterior.

si el criterio propuesto puede ser utilizado para resolver casos como éste. En este punto se indagará qué es lo que justifica la prohibición cuando las posibles víctimas son sujetos vivos y también cuando lo son sujetos aún no concebidos. Si el criterio propuesto satisface los requisitos que deben imperar en un Estado de derecho y permite resolver de manera plausible ambos casos, entonces la tarea aquí desarrollada no habrá sido en vano. Sin embargo, antes de analizar el supuesto desde el propio punto de vista, se verá como lo hizo el tribunal con el fin de poder comparar ambas soluciones.

La visión tradicional –a la que adscribe el tribunal– afirma que el daño, o más precisamente el concepto de bien jurídico, adquiere relevancia en varios momentos del sistema penal. Es un concepto que provee razones que permiten tipificar conductas de manera justificada; es aquello que debe comprobarse en el caso concreto con el fin de adscribir responsabilidad penal; así como su gravedad es un criterio a utilizar a la hora de graduar la gravedad de la pena a imponer. El tribunal (voto de la Dra Cordi Moreno), entiende que el daño es un criterio que debe tenerse en cuenta a la hora de resolver el caso concreto. Así, a las citas ya comentadas se puede agregar la siguiente referida a la graduación e imposición de la pena:

Admitiendo que el derecho penal cumple una fundamental función de seguridad jurídica y que ésta es siempre seguridad de los bienes jurídicos individuales y colectivos, **la pena debe guardar cierta relación máxima con la cuantía de la lesión a ellos.** (...) Se trata de un delito de peligro, que en el caso no sólo puso en riesgo potencial el bien jurídico salud pública, sino que ello **trajo aparejado el sufrimiento de los pobladores de un barrio**, que persisten hasta la fecha, tal como pudo apreciarse durante la sustanciación del juicio (p.649-650).³⁷³

Desde la concepción liberal tradicional, la afectación de derechos, intereses o bienes de terceros es un requisito que da razones al Estado para interferir en la vida de los ciudadanos, en tanto que la gravedad de éste marca hasta qué punto puede hacerlo. Por tanto, no puede caber duda que es un concepto fundamental. En el caso que se está examinando se han constatado una cierta variedad de afectaciones: cáncer en personas vivas, presumiblemente ocasionadas por los actos nocivos (fs.380-439); malformaciones en individuos nacidos debido a la exposición de sus progenitores a los elementos contaminantes (residuos peligrosos) tanto durante el embarazo como previo a él (fs.431); abortos espontáneos; e innumerables puestas en peligro de situaciones análogas a estas o riesgosas para la salud de las personas (fs.650).

³⁷³ El resaltado me pertenece.

Sin embargo, ¿pueden medirse de la misma manera los daños a los sujetos vivos, a los meramente concebidos y a los aún no concebidos? Aún más, ¿todos estos grupos son susceptibles de ser dañados? La respuesta a estas preguntas es de una importancia radical, aún si se está, como en el presente caso, ante delitos de peligro. Porque si no es posible –bajo ningún punto de vista– dañar a algún sujeto, tampoco puede ponérselo en peligro. El tribunal no ha reparado en estas cuestiones, razón por la cual quizás su solución no sea la mejor.

a. DAÑO A SUJETOS VIVOS

Tanto desde la argumentación del tribunal, como desde la aquí propuesta, se sostiene que sólo es legítima la intervención estatal cuando es afectada la posibilidad de que algún individuo gobierne su vida conforme a sus propias decisiones. En el supuesto extremo, como en el homicidio, la persona pierde toda posibilidad de ser *autora* de su propia vida.

En el caso en cuestión no cabe duda de que las acciones de los condenados han *lesionado* la autonomía de los vecinos (vivos) de barrio Ituzaingó. Los que padecen enfermedades derivadas de tales acciones, no sólo han experimentado un desmejoramiento en la situación de la que gozaban antes de la realización de las acciones prohibidas, sino que se ven impedidos de realizar acciones que antes se encontraban disponibles. Además, se ven forzados a seguir –en contra de su voluntad– toda una serie de tratamientos. Esto lleva a concluir que sus bienes protegidos han sido vulnerados. Por otro lado, aquellos vecinos que no presentan síntomas concretos, también han sido afectados en su autonomía, pues el peligro al que han estado –y siguen estando– expuestos implica que algunas opciones ya no están disponibles y que otras –tales como mudarse de barrio, ingerir agua embotellada para no padecer enfermedades debido a los tóxicos filtrados en el suelo, etc.– tienen mayores posibilidades de realizarse por tales personas por circunstancias ajenas a su voluntad. En términos republicanos, las opciones de vida de las víctimas se encuentran condicionadas por el modo de actuar de los autores de los delitos. Así, dado que poseen menos opciones para dirigir su vida de acuerdo a sus decisiones, el alcance de su *status no-dominado* se ha visto disminuido. Asimismo, la intensidad con la que gozaban de tal status también es menor, ya que realizar determinadas actividades es ahora, para ellos, más costoso.

El análisis respecto de las afectaciones producidas a los niños nacidos (malformaciones) por haber estado sus madres expuestas a los agroquímicos durante el embarazo no difiere del recién presentado. Porque si los condenados hubieran actuado de otra manera y no hubieran arrojado los agrotóxicos, los niños hubiesen nacido sanos. En la

Argentina esa conclusión no es problemática en cuanto a la posibilidad o no de sufrir un daño, pues la legislación positiva vigente considera *persona* a todo ser concebido en el seno materno (art. 70 del Código Civil)³⁷⁴. Sin embargo hay otro supuesto, que también se dio en el fallo comentado, donde quizás la argumentación del tribunal no pueda justificar la imposición de una pena: los casos donde las acciones ocasionan consecuencias perjudiciales a las personas antes de haber sido concebidas.

b. DAÑOS A SUJETOS AÚN NO CONCEBIDOS

La objeción a la justificación de la intervención coactiva del Estado ante conductas que producen daños a sujetos que aún no han sido concebidos, como se ha analizado en el capítulo IV, no es atinada. Las obligaciones hacia los miembros de las generaciones futuras son parte de *lo que nos debemos los unos a los otros*. Por lo tanto, que algunas de las malformaciones de ciertos niños tengan como causa la exposición de sus padres a elementos tóxicos vertidos por los infractores antes de su concepción no es óbice para considerar a esas consecuencias como dañinas. Porque si la acción contaminante no hubiese tenido lugar, ellos habrían nacido sanos.

Sin embargo, esta última afirmación no puede sostenerse desde la propuesta aquí defendida. Ya se ha argumentado que el daño a una persona particular no es el mejor criterio para justificar prohibiciones penales y castigos ante su violación. Desde el criterio sentado aquí, se debe afirmar nuevamente que tanto el alcance como la intensidad de las opciones de vida de los niños que nacieron (o de cualquiera que pudiera haber nacido en su lugar) han estado comprometidos por el obrar de los autores de los delitos. Siendo así, si cabe algún castigo, lo es por haber infringido una prohibición destinada fomentar el *status no-dominado* de los agentes. El delito comprometió la posibilidad de que cada uno pueda ser el único autor de su propia vida.

³⁷⁴ El proyecto de reforma de código civil (año 2012, redactado por la comisión de reformas designada por decreto PE: 191/2011 Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton De Nolasco, Aida Kemelmajer De Carlucci) se expresa del mismo modo: ARTÍCULO 19.- “Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”. ARTÍCULO 21.- “Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume.”

Hasta aquí parece que, en cuanto al resultado práctico, no existen grandes diferencias entre nuestra propuesta y la solución vertida por el tribunal. Sin embargo, las explicaciones se separan a la hora de resolver el caso atravesado por el problema de la no-identidad. Mientras las afirmaciones del tribunal no pueden dar cuenta de manera satisfactoria de esa circunstancia, nuestra propuesta puede solucionarlo sin cambiar de criterio. Es cierto que de la lectura del fallo, no se deduce que haya podido tener lugar un supuesto atravesado por el problema de la no-identidad; pero tampoco que no se ha dado. Quizás haya ocurrido esto último, en cuyo caso las líneas que siguen sólo se referirán a un caso *hipotético*³⁷⁵, las que debieran ser tenidas en cuenta para cuando tales circunstancias aparezcan en la realidad. Pero también es posible que el fallo (y dentro de él los diversos estudios que se realizaron en barrio Ituzaingó) no haya dado cuenta de tal situación, porque no se fue consciente del problema.

i. EL PROBLEMA DE LA NO-IDENTIDAD (N.I.)

El problema de la no-identidad (N.I.) aparece porque las consecuencias de las acciones presentes para algunos sujetos aún no concebidos, son diferentes respecto de aquellas que pueden afectar a los habitantes actuales. Como ya se ha afirmado, los actos de las personas presentes pueden ser causa de la existencia de las futuras, y por lo tanto pueden influir en su identidad. En el presente caso, el supuesto en el que los progenitores, por haber estado expuestos a los agroquímicos, engendraron hijos que nacieron con alguna malformación o problema de salud, no es el único caso que debe preocupar a la hora de analizar responsabilidad. En este, los niños que nacieron después de que sus padres estuvieron expuestos a tales exposiciones, habrían existido tanto si esa conducta hubiese tenido lugar como si no. En tales casos, las conductas desplegadas no afectan la identidad de los seres futuros, por lo que los niños pueden ser dañados, por más que la acción desencadenante de la consecuencia nociva se haya producido con anterioridad a su concepción. Pero, ya se ha visto que dichas consideraciones no pueden ser esgrimidas en casos atravesados por el problema de la no-identidad. De hecho, las consecuencias a las que llegamos cuando se analizó tal inconveniente implicaban que el daño a las personas particulares no importa.

Recuérdese que en los casos donde está presente el problema de la no-identidad, la dificultad surge del hecho de que las acciones presentes pueden determinar, al menos en parte,

³⁷⁵ Los ejemplos hipotéticos, recordemos, son “*casos de situaciones o acontecimientos que han tenido lugar o podrían tener lugar sin obligarnos a reescribir lo físico o cambiar nuestra concepción básica de cómo funciona el mundo*”. (Jamieson, Dale (2004) “El método y la teoría moral” en: Singer P. (2004) *Compendio de Ética*, Alianza, Madrid pp.637-351, p. 648)

quiénes van a ser las personas que vivirán más tarde. Así, si una persona particular no hubiese sido concebida en el espacio de un mes alrededor del momento en que de hecho fue concebida –desde que tanto el óvulo como el espermatozoide serán diferentes–, de hecho, nunca habría existido. En el fallo bajo análisis esta circunstancia debería haber sido considerada. Se podría imaginar (porque el caso no dice nada al respecto) que una persona –habitante del barrio Ituzaingó– con intención de quedar embarazada estuvo expuesta a los agroquímicos, y por tanto decidió ir al médico para averiguar si tal exposición le podría traer problemas a su hijo. Supongamos que el médico le prescribió un tratamiento para poder concebir sin riesgos para su hijo, pero que no obstante tal plan requería que esperara, al menos, un mes para concebir. Supongamos también que la mujer no esperó el mes prescripto por el médico y concibió un hijo que, con posterioridad, nació con alguna malformación derivada de estas circunstancias. ¿Ha dañado la mujer a su hijo? ¿Debe por tanto responder por ello (tal vez por lesiones)? O ¿deben imputarse tales trastornos a quienes arrojaron los desechos tóxicos a los que estuvo expuesta la madre? O ¿deben responder ambos? O ¿No debe responder ninguno? Y aún más ¿ha habido daño?, ¿existió una puesta en peligro?

Es obvio que cada una de estas preguntas requiere un análisis detallado que no puede tener lugar aquí. Sin embargo, al menos desde la perspectiva defendida por el tribunal –que reconoce fundamento en el clásico concepto de daño o bien jurídico– todas las preguntas carecen de sentido si las últimas dos, como creemos que es el caso, tienen una respuesta negativa. En supuestos como el explicado los niños, aun habiendo nacido con malformaciones, no han sido dañados. Tampoco han sido expuestos a peligro. Esto, dado que no han experimentado un empeoramiento en una condición de la que gozaban anteriormente. Aún más, nunca podrían haber vivido una situación diferente. Debido a que si los hechos se hubieran dado de distinta manera habría sido concebida otra persona (ya que el óvulo y los espermatozoides serían diferentes), no se puede sostener que los infractores hayan dañado a los niños: o nacían con la malformación comentada o no nacían. Si los infractores –sean estos los agricultores que realizaron las fumigaciones, o los progenitores que no siguieron las prescripciones del médico– hubiesen realizado la acción que se entiende como correcta, esto es: no fumigar o seguir las prescripciones del médico, respectivamente, los niños que comenzaron su vida con una malformación no podrían haber nacido sin tal inconveniente. Directamente no hubiesen existido. Adviértase la relevancia de tales circunstancias. Si el tribunal, al considerar las malformaciones que sufrieron los niños o las enfermedades a que

fueron expuestos no advirtió este problema, cuando podría haberse dado, es incorrecta la consideración de tales consecuencias para la condena de los imputados.

Como se expuso en el Cap. VI, el concepto de bien jurídico, y el principio del daño, en sus versiones clásicas impiden que puedan ser castigadas conductas que no afectan a derechos o intereses de terceros. Una acción afecta a derechos o intereses de terceros cuando, por haber tenido lugar, el sujeto perjudicado disfruta de una autonomía menor que la que poseía antes de producirse la acción censurada. Se podría decir que en el caso bajo análisis no se ve cómo un sujeto puede experimentar un menoscabo dado que antes de su nacimiento no tenía ningún estatus. Sin embargo este argumento no es del todo fuerte, porque como se vio, es posible dañar a los sujetos que van a existir aun cuando la acción se hubiera producido en momentos previos a su concepción. Si estos casos no pueden ser legítimamente castigados desde las posturas tradicionales, es porque los sujetos afectados nunca podrían haber tenido otro estado: aun con una vida expuesta a peligros o con alguna malformación, es la única que podrían tener.

Como se analizó en el capítulo VI, tampoco se podría decir que, dado que los niños nacieron con deficiencias, de modo que no podrán ejercer ciertos derechos, estos últimos han sido violados. Desde tal visión, hemos visto que se sostiene que la razón para castigar de manera justificada a quienes vertieron los desechos podría ser que es incorrecto causar que alguien exista si se sabe que esta persona tendrá un derecho que no puede satisfacerse –en este caso el derecho a la integridad física o a gobernar su vida de acuerdo a sus propios designios. La acción contaminante hace que existan personas con derechos que no pueden ejercerse. Dado que existen opciones que ya no están disponibles para los niños afectados y que otras tienen más probabilidades de ser realizadas en contra de su voluntad, su autonomía ha sido dañada. Sin embargo, este argumento tampoco permite legitimar el castigo de los infractores, dado que los niños no podrían haber tenido mayores oportunidades, o una calidad de vida más elevada. Si los infractores hubieran realizado otra acción, los niños nunca habrían existido, y por tanto nunca habrían tenido tales derechos. Si nunca habrían tenido tales derechos, tampoco es posible vulnerarlos. Esta conclusión se manifiesta claramente insatisfactoria.

La propuesta de entender el delito como afectación del *status no-dominado* de cualquier persona (un estatus que la prohibición penal tiende a fomentar) no cae en los problemas recién esbozados. Así, dado que la solución republicana –como se analizó anteriormente– tiene cabida en el ordenamiento jurídico argentino, podría haberse utilizado

para resolver este caso. Si se dio el supuesto atravesado por el problema de la no-identidad, las acciones de los dos imputados, “A” y “E” ocasionaron que las opciones de vida de cualquier persona que pudiera haber nacido se encuentre condicionadas por ellos. Esto no quiere decir que sólo hayan eliminado opciones para los sujetos que concretamente nacieron o para cualquier otra persona que podría haber existido alguna vez, sino que las que efectivamente siguieron quienes nacieron (o cualesquiera otros que podrían haberlo hecho en su lugar) han estado bajo el dominio de los imputados. “A” y “E” han determinado el modo de vida que habrían de seguir quienes nacieron (o quienes hubieran podido nacer). Han ejercido sobre ellos dominación. La censura penal destinada a fomentar la existencia de una *status no-dominado*, y el reproche por menoscabar tal estado de cosas, se encuentran justificados.

CONCLUSIÓN

CONCLUSIÓN

El trabajo se ha desarrollado en dos niveles. En primer lugar se ha realizado un análisis propio de filosofía moral, para luego, en segundo lugar, comprobar de qué modo las conclusiones podían ser trasladadas al terreno penal. La pregunta inicial a la que quería encontrarse respuesta era si existen razones que permitan justificar moralmente prohibiciones penales destinadas a proteger a las generaciones futuras. Esta pregunta, resulta impulsada por fenómenos característicos de nuestra época, donde las consecuencias de las acciones presentes pueden afectar no sólo a nuestros contemporáneos, sino también a los miembros de las generaciones futuras. El potencial alcanzado por las nuevas tecnologías indica que las generaciones presentes tienen, al menos de hecho, poder para acabar o menoscabar seriamente las condiciones de vida de las generaciones futuras. De modo que el interrogante sobre si está justificada la utilización del derecho penal para proteger a los seres humanos futuros, no carece de sentido.

Para ponernos en condiciones de contestar a esa pregunta empezamos por analizar los criterios que a lo largo de la historia –tanto en el debate moral, como en el de la dogmática penal– se han esgrimido para justificar moralmente prohibiciones penales en general –un tema íntimamente relacionado con el de los límites del poder del Estado para interferir en la vida de las personas. Como presupuesto, partimos de un concepto normativo de persona, entendida como agente aspira a gobernar su vida con arreglo a sus propias decisiones. Eso proporciona un punto de partida para justificar prohibiciones penales. Así, la legislación penal sólo podría justificarse cuando tienda a cumplir con tal objetivo, esto es fomentar que las personas puedan ser autoras de sus propias vidas. En el intento de descubrir cuál es el mejor criterio para lograr ese cometido se analizaron propuestas propias de lo que se ha llamado populismo moral, así como las que enlazaban con teorías morales perfeccionistas y paternalistas. El resultado de esa exploración fue que la legislación penal sólo puede justificarse cuando está destinada a condicionar el tipo de acciones que regula la moral intersubjetiva. Es decir aquellos actos cuyas consecuencias pueden afectar a terceras personas. En particular, cuando pueden hacer que para terceros, gobernar sus vidas conforme a sus propias decisiones resulte imposible o más costoso.

En el terreno penal, tal propósito pretendía alcanzarse a través del *principio del daño*, y el *concepto de bien jurídico*, según las construcciones sean anglosajonas o continentales, respectivamente. Después de analizar diferentes versiones de esos dos conceptos, exploramos

un criterio que, por un lado, pudiera asimilar a ambas construcciones y, por el otro, permitiera de la mejor manera proteger la capacidad de las personas de gobernar su vida de acuerdo a sus decisiones. El objetivo giraba en torno a la protección de la autonomía personal. El análisis del principio del daño y del concepto de bien jurídico indicó que ambos podían emplearse para justificar prohibiciones penales cuando tendían a proteger un *interés* de un tercero que podría ser afectado por las consecuencias de las acciones de alguien. La noción de *recurso*, permitió tender un punto entre las dos tradiciones jurídico-penales, proporcionando el concepto clave para nuestro criterio de justificación. En ese sentido, en el capítulo III se estableció que sólo existen razones para censurar penalmente una conducta –y por tanto para justificar un prohibición penal– cuando ello tienda a proteger un *recurso* necesario para que cada uno gobierne su vida conforme a sus propias decisiones.

En ese estadio de la investigación resultó patente que la noción de autonomía, subyacente a la expresión “gobernar la vida conforme a las propias decisiones” resultaba problemática. Esto, dado que depende de cómo se interprete el concepto de libertad personal al que va asociada. Nuestro análisis sugería que debíamos descartar dos conocidas interpretaciones de la libertad: la libertad entendida en su sentido negativo –como ausencia de interferencias– y la libertad entendida en sentido positivo –como autodominio–. La primera debía descartarse por insuficiente a los fines de proteger la autonomía; la segunda porque se aproxima demasiado a esquemas de moral perfeccionistas. Frente a ello se propuso el ideal republicano de libertad: libertad como no dominación. Este ideal, se argumentó, proporcionaba una mejor base para concebir en qué sentido cada uno ha de ser considerado autor de su propia vida. Por un lado, frente a la idea positiva de libertad, siendo un ideal negativo, se mantenía fuera de esquemas moralistas. Por otro, frente a la idea negativa de libertad como no interferencia, podía dar cuenta de situaciones donde la libertad de un sujeto se ve comprometida incluso si no se han producido interferencias por parte de un tercero.

Para designar el estado de cosas donde las personas no se encuentran sometidas al dominio de otro, y donde –por tanto– su libertad no ha sido menoscabada, hemos utilizado la expresión *status no-dominado*. Y a continuación se propuso que la legislación penal sólo puede estar moralmente justificada cuando tienda a promover la existencia de ese status. Para ello, debía proteger a aquellos recursos que fueran necesarios para que cada uno sea autor de su propia vida. En otros términos, sólo existen razones (aunque no suficientes) para censurar una determinada conducta cuando la prohibición sirva para fomentar la existencia de un *status*

no-dominado de algún sujeto. En otras palabras, cuando es necesaria para proteger los *recursos* necesarios para que cada uno gobierne su vida de acuerdo a sus propias decisiones. El fomento de la existencia de tal *status* es valioso porque impide que las opciones de vida de las personas estén sujetas a la voluntad de terceros. Hecho que ocasiona no sólo que el uso de alguna de ellas pueda ser más costoso –fomentando la intensidad de la libertad que se puede gozar–, o que determinadas posibilidades de acción no existan –restringiendo así el alcance de la no dominación–, sino también que tal aprovechamiento quede sujeto a la mera *gracia* de quien tiene poder sobre las opciones.

Pasando ya a la cuestión de si existen razones que permitan justificar la existencia de prohibiciones penales destinadas a proteger a las generaciones futuras, se afirmó que la respuesta sólo puede ser afirmativa si la legislación penal está destinada a fomentar el *status no-dominado* de los miembros de las generaciones futuras. Sin embargo, realizar una afirmación semejante implica aceptar que los miembros de la generación presente tienen obligaciones para con ellas. De otro modo, por más que al generación presente pueda dominar a la futura ¿cómo podría justificarse una restricción de la libertad –como la ocasionada sistema penal– si no es para proteger a alguien con quien se tiene una obligación moral? En el capítulo IV se ha abordó esta pregunta y se sostuvo que la mejor manera de determinar ante quiénes se tienen obligaciones es preguntarse por *aquello que se les debe a los otros*. Siguiendo a Scanlon, existen obligaciones hacia otros cuando sean aceptadas por un principio que nadie pueda razonablemente rechazar. Como expusimos en su momento, este enfoque permite justificar la existencia de obligaciones –y por tanto, de prohibiciones penales– para con las generaciones futuras. Sin embargo, una vez que se toma conciencia de que la cuestión inter-generacional puede verse atravesada por lo que se ha llamado *problema de la no-identidad*, nos vemos forzados a aceptar que las razones para no rechazar un principio no sólo pueden ser personales, tal y como afirmaba Scanlon. Hay que añadir a las imparciales: aquellas razones que todos tendrían, para preferir la existencia de un determinado estado de cosas en lugar de otro. Si es necesario indagar esas razones es porque el problema de la no-identidad radica en que, en determinados casos, las acciones que ocasionen estados indeseables a personas futuras son a su vez causa de la existencia de esos seres. Por lo tanto, si no se tienen en cuenta vidas posibles, y solo las vidas concretas que serán vividas, no es posible reprochar la realización de conductas que –deliberada o imprudentemente– produzcan que seres futuros nazcan con enfermedades graves, malformaciones o con una esperanza de vida escasa.

Teniendo esto a la vista, en el capítulo V se volvió al criterio republicano de justificación. Y se argumentó que el fomento de un *status no-dominado* de cualquier persona que alguna vez pueda existir es un criterio que permite justificar prohibiciones penales destinadas a proteger a las generaciones futuras, incluso en los supuestos atravesados por el problema de la no-identidad. Y esto es así porque, independientemente de quiénes sean estos seres futuros, tal criterio contribuía a que nadie que alguna vez pueda existir vea sus opciones de vida condicionadas por la voluntad de otro agente. Fomentando el *estatus no-dominado* – por medio de la protección de ciertos recursos, por ejemplo– se contribuiría a que cada persona pueda ser autora de su propia vida, y por lo tanto no esté sometida a la voluntad de otro. Esta solución, presentaba tres claras ventajas. La primera es que, siendo correcta a nivel moral, el republicanismo permite trasladarla sin inconvenientes al terreno propio del diseño institucional. La segunda es que satisface el criterio liberal de neutralidad, ya que no favorece ningún ideal de vida buena ni supone ninguna concepción metafísica de persona (al menos no una controvertida), lo que daría a los liberales razones para aceptar nuestra propuesta. La tercera es que permite solucionar el trilema de Feinberg, esto es, encontrar un criterio capaz de resolver en problema de la no-identidad en referencia a las tipificaciones penales sin caer en moralismos ni en soluciones *ad hoc*.

No obstante estas ventajas, se debe reconocer que, tal vez, la solución propuesta no resuelve por completo el problema de la no-identidad. Si bien permite justificar prohibiciones penales destinadas a proteger a las generaciones futuras incluso en casos donde está presente ese problema, no permite, en cambio, identificar cuáles serían las acciones correctas en relación a las generaciones futuras. Sólo nos proporciona un criterio para censurar a aquellas que se han identificado como incorrectas. Pero el problema de la no-identidad requiere más que eso. Necesita que se identifique, por ejemplo, cuál sería la mejor política pública a seguir cuando se piensa en las generaciones futuras. No hemos desarrollado este punto porque estaba fuera del objetivo del trabajo. No obstante, resulta de interés señalarlo como objeto de una futura extensión de nuestro tema.

En el capítulo VI, el interés radicaba en una cuestión diferente. Ya se había identificado un criterio plausible para justificar prohibiciones penales. También se había mostrado cómo puede funcionar en supuestos atinentes a la protección de las generaciones futuras, incluso en los casos donde se encuentra presente el problema de la no-identidad. Restaba ahora analizar la forma de tipificación necesaria para alcanzar tal objetivo. Sin negar que una sola acción puede afectar seriamente las posibilidades de vida de las generaciones

futuras, se ha visto que en la mayoría de los casos, los menoscabos de los *recursos* necesarios para gozar del *status no-dominado*, se dan como consecuencia de la acumulación de los efectos de diversas acciones. El reto consistía en analizar si están justificadas las tipificaciones en forma de daños acumulativos. Por lo demás, la revisión de tales formas de censura penal adquiriría cierta independencia de la cuestión intergeneracional, razón por la cual, las conclusiones obtenidas en este punto pueden ser trasladadas a otros supuestos. En concordancia con el resto del trabajo, se partió de una visión antropocéntrica dentro de la cual el reproche penal sólo se justifica cuando una acción tiende a menoscabar la posibilidad de que otro sujeto gobierne su vida conforme a decisiones que le son propias. Aceptar esta visión no implica, sin embargo, renunciar a proteger a las posibilidades de vida de los seres humanos de la manera más robusta.

A la hora de estudiar de qué modo pueden justificarse tipificaciones de daños acumulativos, se propusieron dos tesis plausibles de justificación. La primera, que hemos denominado *Tesis de los Actos en Bloque* (o simplemente TAB) afirma que las tipificaciones en forma de daños acumulativos están justificadas porque los actos que se pretenden censurar forman parte de un grupo de acciones que, juntas, ocasionan un gran daño. Expresado en términos republicanos, porque menoscababan un recurso necesario para que las personas sean autoras de sus propias vidas, de modo que no pueda decirse que gozan de un *status no-dominado*. La segunda, que hemos llamado *Tesis de los Efectos Individuales* (o simplemente TEI), afirma que en los casos de daños acumulativos la prohibición penal está justificada aun cuando los efectos de los actos sean pequeños o imperceptibles. Aunque el análisis indicaba que ambas propuestas eran plausibles se optó por preferir la segunda, porque presentaba menor cantidad de objeciones a responder. Asimismo, las críticas poseían menor fuerza. La mayor dificultad se encontraba en superar las objeciones disparadas desde el entendimiento del derecho penal como *ultima ratio* del sistema que parece sugerir que, si se admite la TEI, entonces lo apropiado es utilizar soluciones civiles o administrativas antes que penales. En este punto el criterio republicano según el cual está justificada la censura penal de acciones con el objeto de fomentar el *status no-dominado* de los sujetos, demostró toda su capacidad de rendimiento. Se sugirió la inadecuación del derecho civil y del derecho administrativo para tratar los casos de daños acumulativos, y, que la solución propuesta era coherente con un derecho penal respetuoso de las garantías. En los casos contemplados, cada acción individual hace que el uso de los recursos necesarios para que cada uno gobierne su vida de acuerdo a sus decisiones sea más costoso. De modo que una prohibición penal destinada a evitar tales

conductas contribuye a que no se vea menoscabado ni el alcance ni la intensidad de las opciones de las personas para ser autoras de su propia vida. La prohibición penal de realizar acciones como las estudiadas, fomenta la existencia del *status no-dominado* de las personas. Estado de cosas necesario para que cada una pueda satisfacer sus aspiraciones más básicas: gobernar sus vidas de acuerdo a sus propias consideraciones y que esas consideraciones estén basadas en genuinas razones, o al menos, en razones no condicionadas por terceros.

Los resultados del análisis normativo realizado tienen dos campos inmediatos de aplicación: para evaluar las legislaciones vigentes en cada Estado, y para proponer una posible reforma. Sin embargo, también debería poder servir para orientar las decisiones judiciales. En el último capítulo (Cap. VII) se tomó como ejemplo un precedente judicial, el primero en el que se ventilan estas cuestiones en el marco del derecho penal en la Argentina. El examen de ese caso fue útil para ilustrar la capacidad de rendimiento de la propuesta aquí esbozada. Las tipificaciones destinadas a fomentar la existencia del *status no-dominado* de los sujetos presentan ventajas a la hora de adscribir responsabilidad penal a los sujetos. En primer lugar, tienden a preservar la posibilidad de que cada uno sea autor de su propia vida, dado que sólo justifican la existencia de una tipificación cuando una acción genera consecuencias que condicionan las opciones de vida de otra. En segundo lugar, permiten resolver casos complejos, como lo son tanto aquellos donde está presente la cuestión ambiental o donde se atraviesa el problema de la no-identidad, y ello sin necesidad de crear un criterio *ad hoc*. En tercer lugar, se mantienen dentro de las construcciones antropocéntricas, únicas que pueden tener sentido a la hora de regular la imposición de la violencia estatal. Así, se sustrae de los inconvenientes que deben afrontar las posiciones bio-céntricas o propias de una ética centrada en la vida. Finalmente, en cuarto lugar, en el terreno estrictamente procesal facilita la cuestión probatoria en los delitos ambientales: sin necesidad de tener que aplicar el principio de precaución, no requiere tener que probar un daño o afectación efectiva de una persona particular. Basta con probar que las consecuencias de determinada acción alteraron un estado de cosas de modo que determinadas opciones ya no estén disponibles para alguien.

En síntesis, a la pregunta inicial, sobre si existen razones que permitan justificar tipificaciones destinadas a proteger a las generaciones futuras, debe darse una respuesta afirmativa. Esto no es sorprendente, sin embargo tal vez la solución que se ha propuesto difiera de la intuición inicial, según la cual tal cosa puede tener lugar sólo cuando se afecte o se ponga en peligro a una persona particular y concreta. Así, el examen desarrollado en este trabajo sugiere que la afectación a personas particulares es irrelevante y que en su lugar, las

prohibiciones penales están justificadas cuando están destinadas a fomentar la existencia del *status no-dominado* de los sujetos. De este modo, ninguna persona que exista o pueda alguna vez existir encontrará sus opciones de vida condicionadas por nadie. Para lograr este objetivo, hemos dicho que las tipificaciones destinadas a proteger un *recurso* necesario para que las personas sean autoras de su propia vida, están moralmente justificadas. Esta propuesta, que impide que el alcance y la intensidad de determinadas opciones dependan de la *gracia* o *merced* de alguien, pretende garantizar que las personas cumplan con su aspiración más básica, esto es: ser capaces de gobernar sus vidas de acuerdo a sus propias decisiones.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁCER GUIRAO, Rafael, (2001) *Los Fines del Derecho Penal: liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*. Bogotá, Externado de Colombia
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2002) “La Protección del Futuro y los Daños Cumulativos”, en RECPC 04-08-02, <http://criminet.ugr.es/recpc>,
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2003) *¿Lesión de Bien Jurídico o Lesión de Deber? Apuntes sobre el contenido material del delito*, Barcelona, Atelier
- ATTFIELD, Robin (2005[2004]) “Generaciones Futuras: considerando todas las partes afectadas”, *ISEGORÍA* 32 (2005) [Trad. A. Pradier], pp. 35-46
- ATTFIELD, Robin (2014) *Environmental Ethics*, 2nd. Ed: *Fully Revised & Expanded*, Cambridge, MA, Blackwell
- BARRY, Brian (1991) “Justice Between Generations” en: él mismo: *Liberty and Justice: Essays in Political Theory 2*, Oxford, Oxford University Press, pp. 242-258
- BEITZ, Charles, (2012[2009]) *La Idea de los Derechos Humanos*, Barcelona, Marcial Pons, [Trad. H. Seleme y C. Fatauros]
- BELLAMY, Richard (2010[2007]) *Constitucionalismo Político: una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Madrid, Marcial Pons [Trad. J. Urdániz Ganuza y S. Gallego Aldaz]
- BENTHAM, Jeremy (1981[1821]) *Tratados de Legislación Civil y Penal*, Madrid, Ed. Nacional [Trad. Ramón Salas]
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio (2008) “La Protección del Medio Ambiente: algunas cuestiones generales” en Muñoz Conde, F. *Problemas Actuales del Derecho Penal y la Criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 997-1008
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (2012) *Viejo y Nuevo Derecho Penal. Principios y desafíos del derecho penal de hoy*, Madrid, IUSTEL
- BERLIN, Isaiah (1958) “Dos conceptos de libertad” en: él mismo (1988[1969]) *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Universidad, [Trad. J. Bayón], pp.187-243
- BIRNBAUM, Johann M.F. (2010[1834]) *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, Bs. As., BdeF, [Trad. J. L. Guzmán Dálbora]
- BOLATTI, V.; FRONTALINI REKERS, R.; MOYANO, R.; TRUCZONE BORGOGNO, S. (2013) “Comentarios sobre la aplicación del código de faltas en la ciudad de Córdoba” (en prensa) en: Bisig, Elinor (ed.) *Control social y estrategias punitivas de exclusión: El Código Faltas de la Provincia de Córdoba*, Córdoba, SECYT (en prensa).
- BRAITHWAITE, John & PETTIT, Philip (1992) *Not Just Deserts: a republican theory of criminal Justice*, Canada, Oxford University Press
- BRAITHWAITE, John & PETTIT, Philip (2002) “Not just deserts, even in sentencing” en *Current Issue in Criminal Justice* N° 4, 3, pp. 225-239
- BRAITHWAITE, John & PETTIT, Philip (2006) “No solo merecimiento: aún al sentenciar”, en *RATJ*, n°4- 03/2006 [trad. Yamilé Nadra.]
- BROWN WEISS, Edith (1988) *Un mundo justo para las futuras generaciones: Derecho Internacional, patrimonio común y equidad intergeneracional*, Madrid, United Nations University press
- BUCHANAN, A; BROCK, D; DANIELS, N; WINKLER, D. (2002) *Genética y Justicia*, Madrid, Cambridge University Press, [Trad. C. Piña]

- CANCIO MELIA, Manuel, (2011) “Caso Contergan”, en Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez (Coord.) *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, Madrid, La Ley, pp. 207-222
- CANCIO MELIÁ, Manuel y PÉREZ MANZANO, Mercedes (2011) “Principios del derecho penal”, en Lascuraín Sanchez J. y Bacigalupo S. (coord.) *Introducción al derecho penal*, Madrid, Thomson, pp. 81-110
- DAGGER, Richard (2013), “Republicanism and the foundations of criminal law” en Duff, R.A. & Green S.P (ed.), *Philosophical foundations of criminal law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 44-66
- de LORA, Pablo (2001), “La Vida como Mal”, en *Revista Claves de la Razón Práctica*, junio 2001 n° 113, pp. 45-53,
- de LORA, Pablo (2006) “¿Qué hay de malo en tener hijos?”, en Anuario UAM, Madrid, n° 10, 2006, pp. 45-64
- de LORA, Pablo (2010) “La Familia humana y otros animales” en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Universidad de la Rioja, pp. 17-30
- DEVLIN, Patrick (1965) “Morals and the Criminal Law” en: él mismo, *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press
- DUFF, R.A. (2002) “Crime, Prohibition and Punishment”, en *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 19, N° 2, 2002, Oxford, Blackwell, pp. 97-108
- DUFF, R.A. (2007) *Answering for the Crime: responsibility and liability in the criminal law*, Portland, Hart Publishing
- DUFF, R.A. (2012) “Responsabilidad y Punibilidad en el Derecho Penal” en Kramer, H; Grant, C; Colburn, B y Hatzistavrou, A; (Coomps), *El legado de H.L.A. Hart*, Madrid, Marcial Pons, [Trad. C Orunesu y J.L. Rodríguez,] pp.145-167
- DWORKIN, Gerald (1990[1971]) *El Paternalismo*, en Betegón J. y Páramo J. *Derecho y Moral: ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel, [Trad. J. Malem], pp.147-161
- ELLIOT, Robert (2004) “Ética Ambiental”, en: Singer Peter (ed.) *Compendio de Ética*, Madrid, Alianza, pp. 391-403
- ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire (2006) *El Medio Ambiente en la Crisis del Estado Social: su protección penal simbólica*, Granada, Comares
- FEINBERG, Joel (1984) *Harm to others: the moral limits of criminal law, Vol. I*, New York, Oxford University press
- FEINBERG, Joel (1985) *Offense to others: the moral limits of criminal law, Vol. II*, New York, Oxford University press
- FEINBERG, Joel (1988) *Harmless Wrongdoing: the moral limits of criminal law, Vol. IV*, New York, Oxford University press
- FEINBERG, Joel (1994) “Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming” en: él mismo, *Freedom and Fulfillment: philosophical essays*, New Jersey, Princeton University Press, pp. 3-36
- FEUERBACH, Anselm P.J., (2010[1797]) *Anti-Hobbes: o sobre los límites del poder supremo y el derecho del ciudadano contra el soberano*, Bs. As, Hammurabi, [Trad. L. Brond],
- FEUERBACH, Anselm P.J. (1989[1847]) *Tratado de Derecho Penal Común Vigente en Alemania*, Bs.As., Hammurabi [Trad. E. Zaffaroni e I. Hagemester],
- FERRAJOLI, Luigi (1995[1989]) *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta [Trad. P. Ibañez- A. Ruiz, J.C. Bayón, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero]
- FLETCHER, George P. (1997) *Conceptos Básicos de Derecho Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch [trad. F. Muñoz Conde]

- FLETCHER, George P. (2000[1978]) *Rethinking Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press
- FRISCH, Wolfgang (2004[1996]) “Delito y sistema del delito” en Wolter, J. y Freund, G. (eds.) *El sistema integral del derecho penal*, Madrid, Marcial Pons [Trad. R. Robles Planas], pp. 193-280
- GAUTHIER, David (1994[1986]) *La Moral por Acuerdo*, Barcelona, Gedisa, [trad. Alcira Bixio]
- GARDNER, John (2012) “Hart y Feinberg sobre Responsabilidad” en: Kramer, H; Grant, C; Colburn, B y Hatzistavrou, A; (Coomps), *El legado de H.L.A. Hart*, Madrid, Marcial Pons, [trad. C Orunesu y J.L. Rodríguez,] pp.169-193
- GARDNER, John (2012) *Ofensas y Defensas*, Madrid, Marcial Pons, [trad. José M. Peralta y L. Manrique]
- GARDNER, John y SHUTE, Stephen (2012) “La ilicitud de la violación” en: Gardner, John, *Ofensas y Defensas*, Madrid, Marcial Pons, [trad. José M. Peralta y L. Manrique], pp. 23-53
- GASCÓN ABELLÁN, Marina; de LORA, Pablo (2008) *Bioética: principios, desafíos, debates*, Madrid, Alianza
- GLOVER, Jonathan (1975) “It Makes no Difference Whether or not I do it”, *Proceeding of the Aristotelian Society, Suplem.* Vol. 49, pp. 171-190
- GOODMAN, Nelson (1953), *Fact, Fiction and Forecast*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press
- GOSSERIES, Axel. & MAYER Lukas. (ed.) (2009), *Intergenerational justice*, Oxford university Press
- GOSSERIES Axel (2012) “La cuestión generacional y la herencia Rawlsiana” en *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio Gioja*, Año VI, N° 8, 2012, pp. 70-90
- HABERMAS, Jürgen (2002[2001]) *El Futuro de la Naturaleza Humana: ¿hacia una eugenesia liberal?*, Barcelona, Paidós [trad. R.S. Carbó]
- HARRINGTON, James (1771[1653]) *The Commonwealth of Oceana*, London, T. Becket
- HART, H.L.A. (1968) *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon press
- HART, H.L.A. (1992[1961]) *El Concepto de Derecho*, Bs. As., Abeledo Perrot, [Trad. G. Carrió]
- HART, H.L.A. (2006[1962]) *Derecho, Libertad y Moralidad*, Madrid, Dykinson, trad. [M.A. Ramiro Avilés]
- HASSEMER, Winfried (1989) “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico” en *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las ciencias penales.* Bs. As. pp. 275-285 [trad. Patricia Ziffer]
- HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco (1995) *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Barcelona, Tirant lo Blanch
- HASSEMER, Winfred (2007) “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico?” en Hefendehl, Roland (ed), *La Teoría del Bien Jurídico*, Madrid, Marcial Pons, pp. 95-104
- HEFENDEHEL Roland (2002) “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?: Bienes Jurídicos Colectivos y Delitos de Peligro Abstracto, en *RECPC* 4-14-2002
- HEFENDEHL, Roland (2007) “El Bien jurídico como eje material de la norma penal” en él mismo, (ed) *La Teoría del Bien Jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons pp. 179-196
- HOBBS, Thomas, (2004 [1651]), *Leviatán*, Bs. As, Libertador
- HOFFE, Otfried (2002[1987]) *Justicia Política*, Barcelona, Paidós
- HONIG, Bonnie (1993) “Rawls on Politics and Punishment” *Political Research Quarterly*, Vol. 46, No. 1, (Mar., 1993) pp. 99-125
- HUME, David (1975) “Sobre el contrato original” en *Ensayos Políticos*, Madrid, Unión [Trad. C. Armando Gómez]

- HUSAK, Douglas (2008) *Overcriminalization: the limits of criminal law*, New York, Oxford University Press,
- HUSAK, Douglas (2013[2008]) *Sobrecriminalización: los límites del derecho penal*, Barcelona, Marcial Pons. [Trad. Rocío Lorca Ferrero]
- JAKOBS, Günther, (2000) *Sociedad Norma y Persona en una Teoría del Derecho Penal Funcional*, Madrid, Civitas
- JAKOBS, Günther (2003) “¿Qué protege el derecho penal: Bienes Jurídicos o la vigencia de la norma” en Mintelegre Lynet E (Coord) *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs*, T.I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 39-56
- JAMIESON, Dale (2004) “El método y la Teoría Moral” en Singer P (ed.) *Compendio de Ética*, Madrid, Alianza, pp. 637-651
- JEFFERSON, Thomas (1972[1789]) “Carta a James Madison de 6 de setiembre de 1789” en él mismo, *Autobiografía y otros escritos*, Madrid, Tecnos, [Trad. A. Escotado y M. Saenz de Heredia], pp.517-523
- JONAS, Hans (1995), *El principio de Responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona, Herder. Trad. J.M. Fernandez
- KAHLO, Michael (2007) “Sobre la Relación entre el Concepto de Bien Jurídico y la Imputación Objetiva en el Derecho penal” en Hefendehel, Roland (ed) (2007) *La Teoría del Bien Jurídico*, Madrid, Marcial Pons, pp. 53-68
- KAVKA, Gregory (1986) *Hobbesian Moral and Political Theory*, New Jersey, Princeton University Press
- KINDHÄUSER, Ürs, (1996) *Derecho Penal de la Culpabilidad y de la conducta peligrosa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia
- KINDHÄUSER, Ürs, (2009) “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal”, en revista *Indret*, Barcelona. <http://www.indret.com/pdf/600.pdf>
- KINDHÄUSER, Ürs (2010) “Personalidad, Culpabilidad y Retribución de la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal” en *Derecho y Humanidades*, n° 16, vol I 2010, [Trad. J.P. Mañalich] pp.31-48
- KUHLEN, Lothar, (1986) *Handlungserfolg der Strafbaren Gewässerunreinigung*, GA, ZStW, 1986
- KUHLEN, Lothar (2012) “Bienes Jurídicos y Nuevos tipos de Delitos” en Robles Planas, Ricardo, *Límites al Derecho Penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Atelier, pp. 225-235
- KYMLICKA, Will (2009) “Derechos Individuales y derechos colectivos” en Ávila Ordoñez M. y Corredores Ledesma M. (ed) *Los Derechos Colectivos. Hacia una efectiva comprensión y protección*, Quito, V&M Gráficas pp. 3-25
- LOEWE, Daniel (2010), “Obligaciones hacia las Generaciones Futuras: el caso contractual” en *Veritas, Porto Alegre* v. 55, n 1, enero/abril 2010 pp. 21-66
- LÓPEZ DE LA VIEJA, M. Teresa (2010) *La Pendiente Resbaladiza: la práctica de la argumentación moral*, Madrid, Dilemata
- LORENZETTI, Ricardo (2008) *Teoría del Derecho Ambiental*, México, Porrúa
- MATELLANES RODRIGUEZ, Nuria (2000) *Medio Ambiente y Funcionarios Públicos: análisis del tipo objetivo del artículo 329 del Código Penal*, Barcelona, Bosch
- MATRAVERS, Matt (2000) *Justice and Punishment: The rationale of Coercion*, Oxford, Oxford University Press

- MATRAVERS, Mat (2013) “Political Theory and the criminal law” en Duff, R.A. & Green S.P (ed), *Philosophical foundations of criminal law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 67-82
- MCMAHAN, Jeff. (2002), *The Ethics of Killing*, Oxford, Oxford University press
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina (1993) *Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación*, Madrid, Servicio de publicaciones de la facultad de derecho de la UCM
- MILL, John S. (1989[1859]) *On Liberty*, London, The Walter Scott Publishing Co.
- MILL, John S. (1970[1859]) *Sobre la Libertad*, Madrid, Alianza [Trad. P. de Azcárate]
- MILLS, Eugene (2004) “Scheffler on Rawls, Justice and Desert” *Law and Philosophy* 23, pp. 261-272
- MIR PUIG, Santiago (2006) *Estado, Pena y Delito*, Bs. As., BdeF
- MOORE, G.E. (1993[1903]) *Principia Ethica*, revised edition, Cambridge, Cambridge University Press
- MOORE, Michael (1997) *Placing Blame*, Oxford, Clarendon Press
- MORESO Juan José (2003) “El Reino de los Derechos y la Objetividad Moral” en *Revista Cartapacio de derecho* N° 4, Universidad Nacional del Centro
- MORRIS, Herbert (1976) *On Guilt and Innocence: Essays in Legal Philosophy and Moral Psychology*. Berkeley, University of California Press
- MORRIS, Herbert (1981) “A Paternalistic Theory of Punishment” en *American Philosophical Quarterly*, vol. 18, N° 4, October-1981, pp. 263- 271
- MÜLLER-TUCKFELD, Jens C. (2000) “Ensayo para la abolición del derecho penal del medo ambiente” en Instituto de Cs. Criminales de Frankfurt (ed.) & Área de D. Penal UPF (ed. Esp.), *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Granada, Comares, pp. 507-530
- MUÑOZ CONDE F. y HASSEMER W. (1989) *Introducción a la Criminología y al derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch
- NAGEL, Thomas (1990[1987]) “Conflicto Moral y Legitimidad Política” en Betegón J. y Páramo J. *Derecho y Moral: ensayos analíticos*, Barcelona, Ariel [Trad. J. L. Colomer], pp.87-105
- NINO, Carlos S. (1979) “Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las acciones privadas de los hombres”, *LL*, 1979-D-743
- NINO, Carlos S. (1980) *Los límites a la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Bs. As., Astrea
- NINO, Carlos S. (1992) *Fundamentos del Derecho Constitucional*, Bs. As. Astrea
- NINO, Carlos S. (1999) “Subjetivismo y Objetivismo en el Derecho Penal” en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1 [trad. de conferencia inédita en inglés (1992) a cargo de S. Sánchez Ferro]
- NINO, Carlos S. (2013) *Ocho lecciones de ética y derecho para pensar la democracia*, Bs. As., Siglo XXI
- OST F. y van HOECKE M. (1999) “Del Contrato a la Transmisión. Sobre la responsabilidad hacia las Generaciones Futuras” en *Doxa* 22-1999, pp. 606- 630
- PAEZ CONESA, J. Ezaquiel (2013) *Abortion: What We Ought to Believe. An ontological an Normative analysis*, Barcelona, Tesis Doctoral, Universidad Pompeu Fabra
- PAREDES CASTAÑÓN, J. Manuel (2013) *La Justificación de las Leyes Penales*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- PARFIT, Derek (1981), “Energy and the Further Future” en *Center for Philosophy and Public Policy*, University of Maryland (1981), pp.112-121
- PARFIT, Derek (1982), “Future Generations: Further Problems” en *Philosophy and Public Affair*, Vol. 11, N° 2 (Spring, 1982), 113-172

- PARFIT, Derek (1984), *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press
- PARFIT, Derek (2004[1984]) *Razones y Personas*, Madrid, Antonio Machado Libros, [Trad. M. Rodríguez González]
- PARFIT, Derek (2003), “Justificability to Each Person” en *Ratio(New Series)*, Oxford, Blackwell Publishing, XVI, 4 DECEMBER 2003, pp. 368-390
- PARFIT, Derek (2011) *On What Matter*, T.I, Oxford, Oxford University Press
- PARFIT, Derek (2011) *On What Matter*, T.II, Oxford, Oxford University Press
- PERALTA, José M. (2012), *Motivos reprochables: una investigación acerca de la relevancia de las motivaciones individuales para el derecho penal liberal*, Madrid, Marcial Pons.
- PERALTA, José M. (2013) “Homicidios por Odio como Delitos de Sometimiento” en: *InDret*, 4/2013, Barcelona, pp. 1-27
- PETTIT Philip, (1997) “Republican Theory and Criminal Punishment” en *Utilitas* Vol 9. N° 1, March 1997, Edinburg University Press, 1997 pp. 59-79
- PETTIT, Philip, (1999[1997]) *Republicanism: una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Bs. As. Paidós,[Trad. Toni Domenech]
- PETTIT, Philip (2002) “Dos interpretaciones del contractualismo de Scanlon” en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Vol. 4, N° 1 (Noviembre de 2002), Univ. Torcuato di Tella, [Trad. Josefina Bercetche]
- PETTIT, Philip (2004) “El Consecuencialismo” en: Singer Peter (ed.) *Compendio de Ética*, Madrid, Alianza, pp. 323-336
- PETTIT, Philip (2006) “Can Contract Theory Ground Morality?”, en Dreier James (ed), *Contemporary Debates in Moral Theory*, Blackwell Publishing pp.77-96
- PETTIT, Philip (2012) “Las libertades Básicas” en Kramer, H; Grant, C; Colburn, B y Hatzistavrou, A; (Coomps), *El legado de H.L.A. Hart*, Madrid, Marcial Pons, [trad. C Orunesu y J.L. Rodríguez,] pp. 271-295
- PETTIT, Philip (2012) *On the People’s Terms: a republican theory and model of democracy*, Cambridge University Press
- POGGE, Thomas (2010[1994]) “John Rawls: Una Biografía” *Revista Co-herencia*, Vol. 7, N° 12, Enero-Julio, Medellín, Colombia, pp. 13-42. [Trad. L. García Jaramillo y M. G. Otoya Diehn]
- PONTARA Giuliano (1996[1995]) *Ética y Generaciones Futuras*, Barcelona, Ariel, [Trad. Isabel Riera]
- PRITTWITZ, Cornelius (2003) “Sociedad del Riesgo y Derecho Penal” en Arroyo Zapatero, Luis.; Neumann, Ulfrid; Nieto Martín, Adán (Coord.) *Crítica y Justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo*, Cuenca, Ed. Universidad Castilla-La Mancha, pp. 259-287
- RAWLS, John (1955) “Two Concepts of Rules” *The Philosophical Review*, Vol. 64, N.1 (Jan, 1955), pp. 3-32
- RAWLS, John (1971) *A Theory of Justice*, USA, Harvard University Press
- RAWLS, John (1995[1971]) *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, [trad. María Dolores Gonzales]
- RAWLS, John (1995[1993]) *Liberalismo Político*, México, Fondo de Cultura Económica, [Trad. S. Madero Báez]
- RAZ, Joseph (1986) *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press
- RAZ, Joseph (1987) “Autonomy, Toleration, and the Harm Principle” en Gavison Ruth, *Issues in Contemporary Legal Philosophy: the Influence of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon press, pp. 313-333

- REGAN, Tom (2004[1999]) “Poniendo a las personas en su sitio”, en: Tefalla Marta (ed.) Los Derechos de los Animales, Huelva, Idea, pp. 55-68
- RIVERA LÓPEZ, Eduardo (2011) “Responsabilidad Procreativa y el Problema de la No Identidad” en: él mismo, *Problemas de Vida o Muerte. Diez ensayos de bioética*, Madrid, Marcial Pons, pp.93-123
- ROBLES PLANAS, Ricardo (2012) *Límites al Derecho Penal: principios operativos en la fundamentación del injusto*, Barcelona, Atelier
- RODILLA, Miguel A. (2013) *Teoría del Derecho*, Salamanca, Ratio Legis
- ROMEO CASABONA, Carlos M. (1994) *El Derecho y la Bioética en los límites de la vida humana*, Madrid, C.E. Ramón Areces
- ROMEO CASABONA, Carlos M. (2004) “Aportaciones del principio de precaución al derecho penal” en el mismo (ed.) *Principio de Precaución, Biotecnología y Derecho*, Granada, Comares, pp. 385-422
- ROXÍN, Claus (1997[1994]) *Derecho Penal, Parte General, Tomo I: fundamentos de la estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas [Trad. D. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. de Vicente Remesal]
- SANCINETTI, Marcelo, (1996) *El ilícito propio de participar en el hecho ajeno*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia
- SANDEL, Michael (2000[1982]) *El liberalismo y los límites de la justicia*, Barcelona, Gedisa, [trad. María Luz Melón]
- SANDEL, Michael (2007) *Contra la Perfección: la ética en la era de la ingeniería genética*, Barcelona, Marbot [trad. Ramon Vilà Vernis],
- SCANLON, T.M. (1998), *WWO: What we owe to each other*, Harvard University Press
- SCANLON, T.M. (2004) “Punishment and the rule of law” en: él mismo, *The Difficulty of Tolerance: essays in Political Philosophy*, New York, Cambridge University Press, pp. 219-233
- SCANLON, T.M. (2006[1982]) “Contractualismo y Utilitarismo” en *Estudios Públicos*, cepChile, N°101-2006, trad. Pablo Solari, pp. 283-314
- SCHEFFLER, Samuel (1992) “Responsibility, reactive attitudes, and liberalism in philosophy and politics” *Philosophy and Public Affairs*, VOL. 21, N. 4, 1992
- SCHÜNEMANN, Bernd (1996) “Consideraciones Críticas sobre la ciencia jurídico-penal alemana” *Anuario de derecho penal y ciencias penales UAM*, trad. M. Cancio Meliá, Tomo 49, Fasc/Mes 1, 1996, pp. 187-217,
- SCHÜNEMANN, Bernd (2002) “Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente” en: él mismo, *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Madrid, Tecnos, pp.203-223.
- SCHÜNEMANN, Bernd (2007) “El Principio de Protección de Bienes Jurídicos como punto de Fuga de los Límites Constitucionales de los tipos penales y de su interpretación” en Hefendehel, Roland (ed) *La Teoría del Bien Jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid, Marcial Pons pp.197-226
- SCHÜNEMANN, Bernd (2009) *Derecho Penal Contemporáneo*, Bs.As. Hammurabi
- SCHÜNEMANN, Bernd (2012) “Protección de Bienes Jurídicos, ultima ratio y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho Penal en un Estado liberal” en Robles Planas, Ricardo (ed) *Límites al Derecho Penal*, Barcelona, Atelier
- SEHER, Gerhard (2007) “La Legitimación de las Normas Penales basadas en Principios y el Concepto de Bien Jurídico” en Hefendehel, Roland (ed) (2007) *La Teoría del Bien Jurídico*, Madrid, Marcial Pons, pp. 69-92

- SELEME Hugo O. (2004) *Neutralidad y Justicia: en torno al liberalismo político de John Rawls*, Madrid, Marcial Pons
- SELEME, Hugo O. (2010), “La Legitimidad como autoría” en *Revista Brasileira de Filosofia RBF* 234 pp. 73-99
- SELEME, Hugo O. (2012) “La Maternidad por Subrogación y los Límites a la Autonomía”, en *Revista jurídica LA LEY* 18/01/2013
- SKINNER, Quentin (1998) *Liberty Before Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press
- SKINNER, Quentin (2005) “La libertad de las repúblicas, ¿un tercer concepto de libertad? En *ISEGORÍA*, [Trad. A. Rivero], pp. 19-49
- SILVA SANCHEZ, Jesús María (2006) *La Expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal e las sociedades post- industriales*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. y MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (2012) *Los delitos contra el medio ambiente*, Barcelona, Atelier, p. 27
- SINGER, Peter (1995[1993]) *Ética Práctica: segunda edición*, U.K., Cambridge University Press
- SINGER, Peter (1999[1975]) *Liberación Animal*, Madrid, Trotta, [Trad. P. Casal]
- SINGER, Peter (2004[1999]) “Ética más allá de los límites de la especie” en: Tefalla Marta (ed.) *Los Derechos de los Animales*, Huelva, Idea, pp. 47-54
- STEPHEN, James F. (1991[1874]) *Liberty, Equality Fraternity*, Chicago, University Chicago Press
- STRATENWERTH, Günter (2012) “Sobre la legitimación de los delitos de conducta” en Robles Planas (ed) *Límites al Derecho Penal*, Barcelona, Atelier pp. 237-247
- TRUCCONE BORGOGNO, Santiago (2013) “Feuerbach y la libertad: el objetivo del derecho penal liberal” en *IUSTEL: Revista General de Derecho Penal*, n°19, 2013, pp. 1-21
- von HIRSCH, Andrew (1998[1993]) *Censurar y Castigar*; Madrid, Trotta [Trad. Elena Larrauri]
- von HIRSCH, Andrew (2007) “El concepto de Bien Jurídico y el Principio del Daño” en Hefendehel, Roland (ed), *La Teoría del Bien Jurídico*, Madrid, Marcial Pons, pp. 37-52
- von HIRSCH, Andrew y WOHLERS, Wolfgang, (2007) “Teoría del Bien Jurídico y Estructura del Delito. Sobre los criterios de una imputación justa” en: Hefendehel, Roland (ed). *La Teoría del Bien Jurídico*. Madrid, Marcial Pons, pp. 285-308
- von HIRSCH A; SEELMAN K; WOHLERS, W (2012) “Introducción. ¿Qué son los mediating principles? En Robles Planas (ed) *Límites al Derecho Penal*, Barcelona, Atelier pp. 55-61
- von HUMBOLDT, Wilhelm (1988[1792]) *Los límites de la acción del Estado*, Madrid, Tecnos, [trad Joaquín Abellán]
- von LISZT, Franz (1999[1881]) *Tratado de Derecho Penal*, T. II. Madrid, Reus [Trad de la 20° ed. L. Jiménez de Asúa]
- WELZEL, Hans (1956) *Derecho Penal, Parte General*, Bs. As. Depalma, trad. C. Fontan Balestra
- ZAFFARONI R. E.; ALAGIA, A; SLOKAR. A (2002) *Derecho Penal, Parte General*, Bs. As. Ediar
- ZAFFARONI, Raúl E. (2007) *El Enemigo del Derecho Penal*, Bs. As. Ediar
- ZAFFARONI, Raúl E. (2009) *Estructura Básica del Derecho Penal*, Bs. As. Ediar
- ZAFFARONI, Raúl E. (2012) *La Pachamama y el Humano*, Buenos Aires, Madres de Plaza de Mayo
- ZAFFARONI Raúl E. (2012) “Apuntes sobre el bien jurídico: fusiones y (con)fusiones” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, pp. 3-14
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2001) *Política Criminal*, Madrid, Colex