

## SUBJETIVISMO Y OBJETIVISMO EN EL DERECHO PENAL SEGÚN CARLOS SANTIAGO NINO

*Subjectivism and objectivism in criminal law by Carlos Santiago Nino*

Ilse Carolina TORRES ORTEGA\*

### Sumario:

I. Introducción. II. Planteamiento inicial: La elección de un enfoque subjetivo u objetivo y sus principales consecuencias. III. Una discusión común en sistemas con un enfoque conceptualista o intuicionista. IV. Breve contexto de la Teoría del delito en la dogmática jurídico-penal. V. La elección del enfoque subjetivista en la dogmática jurídico-penal. VI. Una breve revisión de los principales grupos de teorías de la justificación de la pena y la teoría de Nino. VII. Las teorías retributivas del castigo como antecedentes del perfeccionismo estatal. El principio de autonomía personal. VIII. La teoría consensual y la opción por un enfoque objetivo. IX. Conclusiones. X. Fuentes.

**Resumen:** El artículo que a continuación se presenta corresponde al análisis del trabajo de Carlos Santiago Nino titulado "Subjetivismo y objetivismo en el Derecho penal"<sup>1</sup>, el cual fue publicado con posterioridad a la consolidación de sus más importantes teorías, relacionándose particularmente con la referente a la justificación del castigo. Revisando el proceso mediante el cual se ha ido estableciendo la preeminencia de un modelo de inculpación en la teoría tradicional del delito, se concluye que una elección subjetivista puede conducir a que la determinación de la culpa se ubique en el terreno del carácter del agente, derivando de esta manera en el perfeccionismo moral por parte del Estado. La elección objetivista de Carlos Nino es coherente con sus ideas respecto a un modelo liberal de responsabilidad penal, ajeno a evaluaciones morales sobre la personalidad de los individuos.

**Palabras clave:** Derecho penal, Subjetivismo, Objetivismo, Perfeccionismo estatal, Teoría consensual del castigo.

**Abstract:** This article is an analysis of the work of Carlos Santiago Nino called "Subjectivism and Objectivism in Criminal Law", published after the consolidation of his most important theories, it is particularly related to his theory about punishment's justification. Reviewing the process in which it has been established the preeminence of a subjectivism model in the traditional theory of crime, it can be concluded that if this theory is accepted, guilt could be determined by the agent's moral character, which derives in the State's moral perfectionism. Carlos Nino's objectivism choice is consistent with his ideas of a liberal model of criminal responsibility, contrary to moral evaluations of the persons.

<sup>1</sup> Doctoranda en Filosofía del Derecho por la Universidad de Alicante, España (Becaria CONACYT). Licenciada en Derecho por la Universidad de Guanajuato, México. Máster en Argumentación Jurídica, y Máster en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad por la Universidad de Alicante.

**Keywords:** *Criminal law, Subjectivism, Objectivism, State perfectionism, Consensual theory of punishment.*

## I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de su vida intelectual Carlos Santiago Nino realizó importantes propuestas en diversos ámbitos; sin embargo entre sus temas de interés el Derecho penal tuvo un sitio distinguido y realizó importantes aportaciones y críticas en dicha área. Nino dedicó algunas de sus reflexiones más brillantes a la reforma de los fundamentos dogmáticos del Derecho penal.

La elección de este artículo en concreto se justifica por el contenido que ofrece: una visión panorámica de un escenario de confusiones y desaciertos en el amplio tema de la pena. El artículo de Nino es profundamente interesante debido a que el aceptar sus planteamientos tiene el potencial de modificar considerablemente la teoría del delito, sobre todo en lo concerniente a los supuestos de adjudicación de la responsabilidad penal. Pese a que este artículo registre una complejidad importante, no puede contemplarse en aislado, ya que el pensamiento del autor se presenta como desenlace de sus consideraciones hacia la dogmática penal, su teoría de la responsabilidad y de la justificación del castigo, entre otros; por ello es imposible no dejar de acudir a ideas complementarias que brinden contenido a sus planteamientos.

El análisis que se realiza a continuación aspira a realzar aquello que envuelve la elección del criterio objetivo de Carlos Santiago Nino como enfoque de adjudicación de responsabilidad, señalando algunas de las críticas más duras que se le han dirigido, así como la réplica subjetivista.

## II. PLANTEAMIENTO INICIAL: LA ELECCIÓN DE UN ENFOQUE SUBJETIVO U OBJETIVO Y SUS PRINCIPALES CONSECUENCIAS

La temática del artículo a comentar tiene apertura por medio de seis casos que ejemplifican algunos de los supuestos de mayor problemática en la adjudicación de la responsabilidad criminal, planteando en ellos situaciones de falta de claridad y de controversia respecto a la adopción de un criterio que haga prevalecer intenciones, creencias, consecuencias, motivos, actos, daños, peligro a los bienes jurídicos o circunstancias contingentes.<sup>2</sup>

Esta diversidad de consideraciones posibles Nino la bifurca en dos modelos presentes en el sistema legal continental europeo y anglo-americano, cuyo contraste demarca el rumbo de su análisis. En una caracterización muy básica<sup>3</sup>, el primero se refiere al enfoque subjetivo, focalizado en el merecimiento de la pena por la presencia de intenciones y motivos refleja-

<sup>2</sup> Una versión resumida vendría a ser la que sigue:

*Caso 1- Peter y Sarah tienen la intención de asesinar a Claude, por una eventualidad es Sarah quien lo hace. Caso 2- Linda desea matar a Eric a través de un método inidóneo. Caso 3- Eric muere por la impresión de enterarse de este método. Caso 4- Robert mata a Richard por un medio distinto del que planeaba. Caso 5- Mary actúa como si infringiera una ley, sin embargo no es así. Caso 6- Irwin actúa contra Susan, pero su acción tiene un efecto positivo al evitar un daño más importante.*

<sup>3</sup> Nino hace la aclaración de que la determinación de que sea subjetivo u objetivo no es una cuestión tan evidente como a primera vista podría resultar, ya que por ejemplo el enfoque subjetivo requiere de manifestaciones externas y el objetivo toma en cuenta algunos estados mentales en la realización de un acto. Pese a lo anterior, decide permanecer en el entendimiento tradicional de estos enfoques,

dos en el actuar; el segundo corresponde a un enfoque objetivo que considera relevante para la adscripción de responsabilidad no la culpa moral de la conducta, sino la causación de daños y perjuicios a un bien jurídico cuya protección este determinada de forma previa por la legislación. La adopción del sistema jurídico de uno u otro tiene consecuencias distintas en el tema de la responsabilidad.

En el Derecho penal contemporáneo impera una distinción liberal entre la moral y el derecho que implica una regulación de actos exteriores;<sup>4</sup> sin embargo doctrinalmente es posible identificar distintos grupos de teorías que encajan en los modelos señalados por Nino, y que buscan resolver de distinta manera los casos de adjudicación del castigo. Para las teorías objetivas importa en primer término la puesta en peligro del bien jurídico; han sido comunes en la doctrina liberal del derecho penal del siglo XIX y su adscripción llevaría a establecer las consecuencias de acuerdo al grado de proximidad de una lesión. Por otro lado, las teorías que eligen un enfoque subjetivo enfatizan el rumbo de la voluntad hacia la lesión del bien que se exterioriza; se difundieron en la tradición dogmática alemana gracias a Hans Welzel y la escuela positiva, y llevadas al extremo pueden tener consecuencias como la exacerbada ampliación de actos punibles o la igualación de la tentativa al delito consumado. Algunos autores<sup>5</sup> también refieren una categoría de teorías mixtas dotadas de criterios objetivos y subjetivos que demarcan la voluntad de lesionar por exigencias de tipo objetivas, por ejemplo la conmoción de la colectividad.

Nino reconoce la propuesta subjetiva y la objetiva observando aciertos y debilidades<sup>6</sup>, por ello expresa su pretensión de una teoría capaz de incluir elementos de ambas que evite las consecuencias indeseables de la toma de una u otra postura: “*en el primer caso deberíamos admitir cosas tan repugnantes como castigar a la gente por meros pensamientos, en el segundo caso nos veríamos obligados a aceptar cosas igualmente repugnantes: así por ejemplo, la paridad en el castigo del homicidio doloso, el homicidio imprudente e incluso la muerte accidental.*”<sup>7</sup>

## II. UNA DISCUSIÓN COMÚN EN SISTEMAS CON UN ENFOQUE CONCEPTUALISTA O INTUICIONISTA

Nino identifica a la acción humana como el punto de partida en la elección de uno de los enfoques tanto en el sistema continental europeo como en el anglo-americano; no por ello prescinde de tener en consideración las peculiaridades de cada uno de estos sistemas.

La teoría general del delito en la tradición continental europea tiene su fuente principal en autores alemanes que coincidieron en que el otorgamiento de la responsabilidad penal se realizara bajo un sistema de criterios y normas dotado de coherencia y solidez; Nino advierte deficiencias importantes derivadas principalmente del conceptualismo que está detrás. Por otro lado se encuentra el sistema anglo-americano en el cual predomina un enfoque intuicionista; en este enfoque la carencia de un aparato de conceptos y el que no se tenga

<sup>4</sup> Santiago Mir Puig realiza la afirmación respecto a la distinción liberal presente en el Derecho penal contemporáneo.

<sup>5</sup> Por ejemplo Santiago Mir Puig.

<sup>6</sup> Asumir un enfoque meramente subjetivo podría dar cuenta de un ajuste en el merecer de la pena, en tanto que asumir uno objetivo podría permitir circunscribir el castigo ante la presencia de daños y perjuicios.

<sup>7</sup> NINO, Carlos Santiago. “Subjetivismo y objetivismo en el Derecho Penal”. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, número 1. España, 1999, p. 50.

aspiración de determinar principios generales son las principales críticas que a menudo se realizan.<sup>8</sup>

Ambas son opciones de reconstrucción del sistema penal que Nino identifica como enfoque conceptualista e intuicionista; la tarea del autor no consiste simplemente en contrastar los enfoques, sino que a lo largo de su exposición va dando muestra de una idea cruzada de la justificación del derecho penal: por un lado entre una perspectiva liberal y racional de la responsabilidad que incluya la reprochabilidad; y por el otro el conjunto de convicciones intuitivas compartidas socialmente, compatibles con un ánimo retribucionista. El esquema trazado que él mismo refiere como un procedimiento desarrollado a manera del equilibrio reflexivo de John Rawls, propone concertar teorías y principios concretos, así como intuiciones acerca de lo que es justo para constituir un equilibrio entre principios generales y convicciones particulares.

En el enfoque intuicionista que constriñe al Derecho anglosajón la responsabilidad penal ve clasificados sus elementos en las categorías de *actus reus* (circunstancias de hecho, objetivas) y *mens rea* (condiciones subjetivas), que puede tener cierto nivel de comparación con la versión clásica de tipo y culpabilidad.

“En el derecho inglés el principio general es que la *mens rea* se constituye con la intención o con la imprudencia consciente, es decir, cuando el resultado lo prevé como posible el agente”;<sup>9</sup> la selección de actitudes subjetivas a exigir para la responsabilidad penal constituye uno de los principales objetos de controversia. Lo más atrayente de lo que antecede consiste en observar la importancia que se otorga a la intención y a los motivos en la responsabilidad; se presenta además la exigencia del conocimiento de la prohibición en el marco de las condiciones de responsabilidad, aunque no pueden obviarse numerosos casos en que se ha admitido la responsabilidad objetiva.

Profundizando en el enfoque conceptualista, Nino realiza un recorrido en su construcción<sup>10</sup> que parte del autor Franz Von Liszt, si bien va a considerar al penalista Ernst von Beling como “paradigma” de la versión clásica de la teoría del delito a partir del cual se establecieron los cuatro elementos<sup>11</sup> estratificados que han venido a determinar la definición del delito. La teoría normativa y la finalista aportaron las más importantes modificaciones a la tradición penal, a través de su propuesta de culpabilidad por medio de etapas; en primer lugar resolviendo la responsabilidad por el acto y ulteriormente acerca de la imputabilidad como reconocimiento de lo contrario al derecho. Si bien Nino hace una remembranza y crítica de este modelo, parece tener por verdadero propósito evidenciar los resabios actuales y la resistencia dogmática, siendo la definición sobre el delito uno de los ejemplos más claros.

Recurrir a la conceptualización del derecho a manera de fórmula por la imprecisión y la confusión derivada de la relación descripción-prescripción, es señalado como un defecto de tipo metodológico que lleva a cimentar la teoría por medio de estipulaciones normativas;

<sup>8</sup> GEORGE P. Fletcher intentó complementar el derecho penal angloamericano del caso a través de la ampliación de sus análisis hacia ciertos aspectos de la sistematización de la dogmática de la teoría continental; con ello ha dado satisfactorias y sugerentes respuestas y apuestas a muchas de las incomprensiones presentes en nuestra tradición, confiando en la conveniencia de articular una cultura jurídica que dé cuenta de las coincidencias de los sistemas jurídicos. Un de esas coincidencias la encuentra justamente en el interés por evitar el castigo de quien es inocente

<sup>9</sup> NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la Responsabilidad Penal. Una teoría liberal del delito*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1980. Traducción al castellano por Guillermo Rafael Navarro, p. 136.

<sup>10</sup> Posteriormente se realizará una relación sucinta del desarrollo de la teoría del delito de este enfoque.

<sup>11</sup> Acción, tipo, antijuridicidad y culpabilidad.

para efectos de lo que interesa en este trabajo, simplemente conviene señalar que en el fondo de la discusión de los enfoques señalados por Nino, la renuencia por justificar la definición del delito como fórmula y sus derivados problemas juega un papel importante, puesto que al final se trata de resoluciones conceptuales que en el interior albergan valoraciones.

Tras contrastar ambos enfoques, el autor concluye que ninguno de los dos ofrece soluciones satisfactorias para los supuestos de asignación de responsabilidad, por lo que opta por una teoría alternativa que recoge algunos de los elementos de la teoría clásica, pero que prescinde de conceptualismos para optar por una estrategia valorativa, y que desarrolla como su teoría consensual.

### III. BREVE CONTEXTO DE LA TEORÍA DEL DELITO EN LA DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL

La teoría del delito en la tradición de la dogmática penal ha procurado establecer un sistema de conceptos que pueda servir de instrumento en la identificación y estudio de características “esenciales” de los hechos que pueden llegar a considerarse como delitos. Es decir, que se parte de la premisa de que es posible construir un concepto general del delito, un concepto dogmático a partir del cual se realice la labor legislativa y la aplicación del derecho. De aquí se sigue el interés profundo que genera este concepto dentro de la doctrina.

La aspiración de formular este concepto, se ha perseguido por medio de un enfoque unitario y por un enfoque analítico: el concepto unitario presenta al delito como un todo infraccionable cuyos elementos deben mantenerse en la entidad, con la indeterminación acerca de si la noción del delito debe apoyarse como infracción a un deber ético-social<sup>12</sup> o como lesión de un interés social<sup>13</sup>; el concepto analítico desintegra los elementos del delito como conducta típica, antijurídica y culpable; así mismo, en la estructuración del delito se otorga un papel sustancial a la antijuricidad como juicio de desvalor sobre la conducta, y a la culpabilidad como juicio de desvalor sobre el autor. “Al primer juicio de desvalor se le llama *ilicitud o antijuricidad*. Al segundo *culpabilidad o responsabilidad*. *Antijuricidad es la desaprobación del acto; mientras que la culpabilidad es la atribución de dicho acto a su autor para hacerle responsable del mismo*”.<sup>14</sup>

Los estudiosos de la dogmática penal contemporánea, coinciden en un concepto compuesto por los cuatro elementos mencionados. Algunos autores, como Santiago Mir Puig, han repensado la teoría del delito en un escenario ceñido al Estado social y democrático de Derecho caracterizado por el establecimiento de límites, aunque no por ello se ha abandonado la definición del delito por medio de sus elementos. Así mismo y como se mencionaba anteriormente, Mir Puig considera que dentro del Derecho penal contemporáneo impera una división liberal entre la moral y el derecho que se ocupa de los actos externos, y que por tanto, al momento de atribuir responsabilidad se vale del hecho prohibido y de su atribución a un autor.<sup>15</sup>

Los anteriores señalamientos acerca de la teoría del delito se realizan con la intención de rastrear los puntos centrales de la problemática que Nino plantea; ubicar los momen-

<sup>12</sup> En el cual el hecho prevalece sobre el autor.

<sup>13</sup> Donde prevalece el autor sobre el hecho.

<sup>14</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*. 8a. ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2010, p. 202.

<sup>15</sup> Los elementos que este autor destaca consisten en la antijuricidad referida a los juicios de desvalor del hecho y con ello a una contravención objetiva, así como la culpabilidad, la cual es susceptible de imputación a un sujeto de carácter personal que se realiza en función de condiciones de las normas penales.

tos determinantes en nuestra tradición penal que han fijado la manera de proceder ante la imposición del castigo. Bajo la perspectiva de la pena vista como un resultado lógico de la comisión del delito, en general la pena recibe la caracterización de ser un mal necesario previsto expresamente en el sistema legal que tiene además fines preventivos.<sup>16</sup>

#### V. LA ELECCIÓN DEL ENFOQUE SUBJETIVISTA EN LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

Nino identifica dentro del transcurrir de la dogmática penal un momento de clara preferencia del enfoque subjetivista: el auge de la teoría final de la acción; su principal exponente fue Hans Welzel y su obra marcó una nueva etapa en la teoría del delito. En términos iniciales la tesis finalista abarca la generalidad de acciones, las cuales se proyectan por medio de un fin mentalizado que acarrea un proceso de selección de medios y el subsecuente estudio de efectos y consecuencias, para luego realizarse atendiendo a la dirección de ese fin anterior; por ello se trata de acciones no exclusivamente importantes para el derecho. *“Lo único que me interesa en la doctrina de la acción es poner de relieve el principio estructural, general, de la acción humana, es decir, de su dirección, y demostrar que la “acción”, también es su curso “externo”, es un acontecer dirigido por la voluntad interna y hecho externo”*.<sup>17</sup>

La idea principal de Welzel es que el nexo causal no permite constituir una base objetiva a partir de la cual pueda valorarse penalmente, sino que es el nexo de la acción establecido intencionalmente entre el sujeto y el resultado. Posteriormente el término de intencionalidad lo cambió por el de finalidad, pensando que de esta forma facilitaría la comprensión de sus conclusiones: la actividad del hombre para ser llevada a cabo anticipa objetivos, selecciona medios y posteriormente se desenlaza en dirección de conseguir los objetivos trazados.

En el artículo que tratamos, así como en varias de sus obras, Nino se expresa como opositor de la propuesta de Welzel y de distintos teóricos alemanes que afirman la presencia de estructuras lógico-objetivas que la dogmática debe sencillamente descubrir; considera que lo anterior constituye una invitación a realidades no empíricas, realidades trascendentales que encubren postulados axiológicos que eluden de esta forma la discusión crítica, *“no hay nada más democrático que nuestros sentidos y nada más elitista que la apelación a una metafísica no empirista!”*.<sup>18</sup>

De igual forma, Nino critica duramente la propuesta de incorporar elementos subjetivos en la fase de antijuricidad y en las causas de justificación, puesto que lo considera una expresión de perfeccionismo que se entromete en el carácter de las personas para alcanzar ciertos ideales y valores defendidos por el Estado; así mismo, la identificación de la culpabilidad con lo que es reprochable para Nino esconde también el perfeccionismo, debido a que asume valoraciones acerca del carácter moral del individuo.<sup>19</sup>

Una de sus aportaciones principales de la teoría de la acción final a la dogmática penal fue justamente llamar la atención acerca de la importancia de la voluntad en el proceso de

<sup>16</sup> Suele diferenciarse entre una prevención general que piensa en el conjunto social y una especial enfocada en el sujeto para evitar conductas similares

<sup>17</sup> WELZEL, Hans. “La doctrina de la acción finalista, hoy”. *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal-Conferencia en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos*, traducción de José Cerezo Mir Julio César Faira-Editor, Editorial B de F. Argentina, 2004, p. 21.

<sup>18</sup> NINO, Carlos Santiago. “La huida frente a las penas”. *Revista Programma. Controversias en el Derecho Penal*, número 1, Argentina, 2005 (17-40), p. 15.

<sup>19</sup> En el enfoque intuicionista que constriñe al derecho inglés la responsabilidad penal ve clasificados sus elementos en las categorías de *actus reus* (circunstancias de hecho, objetivas) y *mens rea* (condiciones subjeti-

adecuación de una conducta al tipo, y a partir de entonces se determinó la incidencia de elementos objetivos y subjetivos en la formulación de los tipos penales. El finalismo halló en la culpabilidad la imputabilidad, la posibilidad de conocer la antijuricidad del hecho y la ausencia de causas de exclusión, que constituye actualmente uno de sus aportes más importantes.<sup>20</sup>

Nino sostiene que la acción en los términos ontológicos planteados por el finalismo, a pesar de requerir el análisis de la intención en la antijuricidad no es determinante para concluir que el castigo depende de dicha intención; esto constituye una insuficiencia en la noción de antijuricidad que posteriormente fue atendida por sus discípulos.

Carlos Santiago indica que después de la primera articulación de la acción finalista el enfoque subjetivo siguió premiándose por los discípulos de Welzel, aunque el énfasis se trasladó a la antijuricidad. Uno de estos discípulos fue Armin Kaufmann, quien retomó la teoría de las normas de Binding para reconstruir la teoría del delito centrada en el disvalor del acto como un modelo desde la teoría de los imperativos que ubica al ilícito como lesión a un bien jurídico e ilícito personal. Anteriormente, Welzel había defendido un modelo del ilícito personal nacido de la acción final, con una estructura del ser lógico-objetiva que además posicionaba en alto la voluntad del autor, circunscribiendo dentro del disvalor de la acción el del resultado. Al seguir con la teoría del ilícito personal, Kaufmann llevó el modelo de Welzel a la teoría de las normas, tomando, como se indicaba, también de referencia a Binding: una norma tiene como presupuesto un juicio de valor que deriva en el establecimiento de los bienes jurídicos, lo que constituye un primer grado; un segundo grado se refiere al juicio de valor negativo del actuar que afecta un bien jurídico que conforma una situación de hecho objetiva.<sup>21</sup>

La propuesta de Kaufmann consiste en una secuencia de juicios de valor, en la cual la intención del autor, concretamente la presencia de la intencionalidad, determina la valoración negativa o positiva de la noción del ilícito personal. De igual forma expone cómo la acción asume una caracterización positiva o negativa de acuerdo a la voluntad reflejada en la situación de hecho objetiva, mientras que la norma tiene ya una valoración del bien jurídico, por lo que en esta situación importa la valoración del acto. Kaufmann concluye un esquema de escalones<sup>22</sup> que señala que a la norma la antecede un juicio de valor, que la norma y este juicio coinciden en el objetivo y, que las normas quedan por tanto formadas por juicios de valor

---

vas), que puede tener cierto nivel de comparación con la versión clásica de tipo y culpabilidad.

“En el derecho inglés el principio general es que la *mens rea* se constituye con la intención o con la imprudencia consciente, es decir, cuando el resultado lo prevé como posible el agente”. Nino, Carlos Santiago. *Los límites de la Responsabilidad Penal. Una teoría liberal del delito*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1980. Traducción al Castellano por Guillermo Rafael Navarro, p. 136. Uno de los principales objetos de controversia es la selección de actitudes subjetivas a exigir para la responsabilidad penal. Lo más atrayente de lo que antecede, puede consistir en la importancia que se otorga a la intención y a los motivos en la responsabilidad, además de la exigencia del conocimiento de la prohibición en el marco de las condiciones de responsabilidad, aunque claro está, no pueden obviarse numerosos casos en que se ha admitido la responsabilidad objetiva.

<sup>20</sup> En el artículo en comento resume las críticas a la teoría finalista de la siguiente manera: Su debilidad por sostenerse en la concepción esencialista de conceptos, la irracionalidad de solicitar la precisión de la intención para determinar la acción, la irrelevancia de la intención en algunos supuestos penales. Su principal crítica consiste en poner negar que la intención sea necesaria a la antijuricidad y con ello decisiva para justificar la pena.

<sup>21</sup> Resultado opuesto al valor: Disvalor.

<sup>22</sup> Cada escalón corresponde a un juicio de valor: Primero para elegir los bienes jurídicos a tutelar, luego la evaluación de los fenómenos que repercuten sobre estos bienes, para que prosiga con la evaluación negativa de las acciones que causan daño o ponen en peligro y luego la norma que prohíbe estas. La acción está bajo el

que refieren los actos. La prohibición sería una acción final por ser expresión del rumbo de la voluntad y las normas sólo tendrían por fundamento juicios de valor respecto de acciones finales. En consecuencia a los planteamientos de Kaufmann, el ilícito vendría a estar fundamentado en la voluntad contra la norma, en tanto que la exclusión del ilícito se daría por la propensión al valor de la acción.

En la misma tesitura Nino menciona los aportes de Diethart Zielinski, quien tomó algunas de las ideas de Kaufmann y las presentó con mayor firmeza. También interesado en la disputa surgida entre el disvalor del resultado y de la acción como enfoque para definir el ilícito, sostuvo que el punto de inicio podía hallarse en la comunicabilidad del contenido normativo; dicho contenido surge en función del papel del ordenamiento jurídico en lo que respecta a la regulación de la convivencia llevada a cabo por medio del actuar guiado hacia fines. La regulación pretendida, por tanto se traduce en la atención del ordenamiento en la voluntad de los individuos para solicitar acciones u omisiones.

Para este autor las normas se explican como prohibiciones y mandatos orientados a la conducta humana que se manifiesta en acciones; habrá sólo un juicio de valor, denominado primario, que incluye los dos escalones de Kaufmann, aunque identifica un juicio secundario referido a la acción que concierne al mandato o prohibición. Conviene también mencionar que de acuerdo con Zielinski el ilícito se conforma por el disvalor de acción sin que ello signifique prescindir del disvalor del resultado, ya que la pretensión de defensa del bien jurídico es inminente, ligando de esta forma el juicio de valor primario y el secundario. La consideración del autor respecto a la razón del ilícito reside en que se constituye únicamente por acciones finales; como fruto directo del objeto del juicio de valor secundario el dolo es determinante, a manera de un acto final que atenta contra el deber.

De esta forma, Zielinski concibió el sistema legal estructurado hacia la voluntariedad de las acciones humanas para la obtención de fines deseables al sistema legal, sustentando que además de juicios de valor también existía la aspiración de regular la conducta. Sin embargo, Nino cuestiona las tesis de Zielinski y califica su postura como inconducente en la tesis subjetivista que pretende apoyar, puesto que no es correcto sostener que debido al hecho de que el sistema normativo opere sobre las actitudes del sujeto, se deriva que las evaluaciones en el nivel de antijuricidad deban tener el mismo contenido. Nino evidencia lo anterior como insuficiencia de las justificaciones ofrecidas para relacionar la antijuricidad con la pena.

Nino también considera crucial revisar las ideas a favor del enfoque subjetivista de otro autor: Marcelo A. Sancinetti. Este autor propone separarse de la acción y la antijuricidad, así como de la pena o del Estado como punto de arranque a la adopción de uno de los enfoques; toma a Zielinski como punto de partida en la defensa de un modelo subjetivo-monista, según el cual el ilícito se forma por el dolo y no por la simple voluntad.

Sancinetti utiliza la terminología de la teoría del ilícito<sup>23</sup> y en el transcurso de su obra defiende una fundamentación subjetiva de este; se centra en la discusión presente en la dogmática sobre la tensión entre el disvalor de acción y del resultado, señalando la visión causal como aquella que identifica al ilícito con la producción del resultado, misma que de inmediato se ve desplazada por el paradigma finalista. Por medio de este paradigma se adoptó la noción del ilícito personal que acercó el disvalor del acto al de resultado, bajo la aclaración

---

control del sujeto, por eso la norma responde a la subjetividad, se refiere al sujeto a su potencialidad de actuar de acuerdo a ellas, de esto se sigue que la antijuricidad se refiera a las acciones y las intenciones del sujeto

<sup>23</sup> Como elección de injusto para referir las infracciones en derecho.

de que el resultado no caracterizaba al tipo, desembocando en una nueva fundamentación para el ilícito exclusivamente en el disvalor del acto.

El ilícito constituye en palabras de Sancinetti un nuevo campo de debate frente a la atención persistente en torno a la acción; cuestionarse acerca de este suscitó para el autor retrotraer los desacuerdos hasta el nivel de las normas, ya que de acuerdo al modelo normativo adoptado depende la teoría del delito a sostener, porque el infringir la norma es lo que determina el delito. Sancinetti reconoce a Nino como un autor que ayudó a replantear el concepto de ilícito a través de su teoría liberal del delito y lo considera muy cercano a las ideas de Beiling respecto a la relación entre moral y Derecho penal.

Carlos Nino acentúa el hecho de que Sancinetti lo utiliza a él y a Mir Puig como ejemplos para argumentar las ventajas de la elección subjetivista, al concluir que la noción de reproche sólo puede ser entendida en vínculos con la actitud subjetiva, y que de esta forma la conducta voluntaria es la única reprochable y que el presupuesto de ilicitud también se encuentra en el aspecto subjetivo. Nino está en desacuerdo con la ilación de este autor y argumenta que la aceptación del juicio de culpabilidad supone el anterior juicio positivo de antijuricidad, sin que ello repercuta en una visión de que el juicio de antijuricidad funcione sólo a manera de presupuesto lógico; el juicio de antijuricidad emerge como cuestión trascendente en la elección subjetiva u objetiva.

#### VI. UNA BREVE REVISIÓN DE LOS PRINCIPALES GRUPOS DE TEORÍAS DE LA JUSTIFICACIÓN DE LA PENA Y LA TEORÍA DE NINO

Carlos Nino constriñe la elección entre uno u otro enfoque a la teoría de la justificación de la pena adscrita, sosteniendo además que la antijuricidad indirectamente alude al fin de la pena y que la adopción del enfoque de la pena como retribución se sigue de la postura subjetiva radical.

El autor rechaza la posibilidad de un sistema de normas que simplifique la fijación de una pena por el mero cumplimiento de determinadas condiciones, debido a que dentro del delito no todas las condiciones operan como el sustento sobre el cual ciertas normas realizan el juicio de valor negativo. Estas normas que Nino inspirado en Binding refiere como normas de valoración negativa del acto delictivo, funcionan como límite externo de la responsabilidad criminal, como base para las causas de justificación, como indicadores de la conducta constitutiva del delito y como guías para el establecimiento de conductas a prevenir.<sup>24</sup> “Sugiero que la forma más plausible de reconstruir estas normas de antijuricidad es establecer contra qué clase de actos reacciona la pena prescrita por las normas penales”,<sup>25</sup> con estas palabras Nino pretende mostrar la importancia del enlace entre la pena con cierto tipo de actos, enlace que también se encontraría en función de la teoría de la justificación de la pena adoptada.

Como era advertido en un inicio, la justificación del castigo ocupó un sitio fundamental en la obra de Carlos Santiago; desarrolló una teoría que en rasgos muy simples y generales<sup>26</sup> centró la justificación en un doble nivel: el primero concerniente a la disuasión que la imposición del castigo puede generar respecto a la conducta de los otros, derivando en

<sup>24</sup> Según una clasificación de Fletcher.

<sup>25</sup> NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la Responsabilidad Penal. Una teoría liberal del delito*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1980. Traducción al Castellano por Guillermo Rafael Navarro.

<sup>26</sup> Se hace de nuevo hincapié en que una explicación satisfactoria de la teoría de la justificación del castigo de Nino y de otros autores no es un objetivo plausible en esta ocasión.

un beneficio social amplio; y el segundo referido a un consentimiento por parte de agente, quien asume la pena al ser consciente de las consecuencias.<sup>27</sup> En consideración con ambos enfoques, Nino opta por una postura que observa ciertas ventajas del utilitarismo y del ideal kantiano, aunque no por ello evitó abundantes críticas.<sup>28</sup>

Dentro de las teorías utilitaristas de la pena, las ideas de Beccaria y las de Bentham son señaladas como antecedentes de las teorías de la protección social que fundamentan la pena. El utilitarismo en el siglo XVIII, llevó la idea del castigo hacia la determinación de que los beneficios de su aplicación debían ser superiores a los costos, “entre estos beneficios están; la prevención general, la prevención especial, la rehabilitación y el aislamiento de los delinquentes”.<sup>29</sup>

Posteriormente aparecen en escena las teorías retributivas surgidas en gran medida por las percepciones de Kant, quien señalaba a la pena como un imperativo categórico y de justicia en contra de la función del castigo establecida por las teorías utilitarias. La vertiente retribucionista confiere al delincuente la noción de responsabilidad de sus actos como factor determinante del castigo, lo que a menudo ha sido interpretado como un ideal de justicia que se persigue a través del sufrimiento del que ha faltado.

Nino sugiere que en el aceptar totalmente los planteamientos básicos de las teorías retribucionistas se corre el riesgo de caer en un subjetivismo absurdo que prescindiera de manifestaciones externas para castigar. El retribucionismo es susceptible de justificar este absurdo resguardado por la afirmación de que el ser humano siempre controla su actuar; sin embargo esto no es aceptado por todos los autores y Nino introduce con acierto justamente los planteamientos del determinismo, los cuales de ser aceptados derrumbarían por completo la estructura del juicio de reproche del retribucionismo.

En la dogmática penal tradicional se asume una postura concreta respecto al libre albedrío, debido a que la noción de reprochabilidad incluye la concepción de un sujeto libre en posibilidades de actuar de modo distinto, lo cual sólo opera aceptando esta libertad y negando el determinismo.<sup>30</sup>

Nino defiende la tesis del libre albedrío contra el determinismo,<sup>31</sup> el cual defiende, en términos muy llanos, la concepción de que el actuar de los individuos tiene de forma necesaria una causa ya establecida:

El determinismo parece, en cambio, involucrar la ilegitimidad de la adscripción de responsabilidad jurídica si se adopta una teoría retribucionista. Esto es así porque, según esta teoría, la retribución está justificada no meramente cuando el individuo ha causado un mal

<sup>27</sup> El planteamiento acerca del consentimiento del agente es uno de los elementos que más se han puesto en duda de la teoría de Nino, al respecto destacan los trabajos de Matías Parmigiani.

<sup>28</sup> Para profundizar en ello véase: Parmigiani, Matías, “Liberalismo, sanción y reproche: una revisión crítica del concepto de reproche en la teoría jurídico-penal de C. S. Nino”, en *Revista Isonomía* No. 39.

<sup>29</sup> FLETCHER, George P., *Conceptos Básicos de Derecho Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997. Prólogo, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde, p. 61.

<sup>30</sup> Algunos juristas, como Gimbernat Ordeig, según señala el propio Nino en *Los límites de la Responsabilidad Penal*, se inclinaron por no considerar al hombre libre para actuar y por tanto, por la inocuidad de la culpabilidad para la determinación de la pena.

<sup>31</sup> Existen abundantes teorías sobre el determinismo, Nino hace mención del determinismo ético- todo actuar determinado por el bien, el lógico- todo está determinado sobre la verdad, el teológico- dios y sus denuados son anteriores a cualquier cosa, el determinismo psicológico- las acciones son muestras de condiciones psicológicas anteriores y, el físico- acciones como expresiones causales de fenómenos en el organismo. Así mismo, en Ética y derechos humanos, reseña también el determinismo social que básicamente enlaza las acciones al posicionamiento, la estructura social o a las características del medio.

sino cuando lo ha hecho obrando de modo reprochable, y el comportamiento de un individuo no es reprochable si no ha podido actuar de otro modo que como lo hizo.<sup>32</sup>

Carlos Santiago contrasta su tesis del libre albedrío con el determinismo para concluir una compatibilidad; no asume una actitud incrédula o totalmente crítica, sino que sostiene que de forma bien entendida el determinismo no excluye la importancia del decidir humano en la precisión de acciones hacia ellos:

La tesis del libre albedrío se opone a la tesis determinista en tanto y en cuanto se la conciba a ella también en términos descriptivos... Una formulación aceptable de tal concepción podría ser que debemos tratar a los hombres como personas, o sea que debemos tratarlos tomando seriamente en cuenta sus actitudes subjetivas; que no debemos considerar sus decisiones, intenciones, preferencias y opiniones en forma análoga a su color de piel, su grupo sanguíneo o su coeficiente intelectual o sus trastornos hormonales.<sup>33</sup>

Nino refiere además tres dimensiones de la culpa que son compatibles con el determinismo descriptivista: La pragmática tendente a evitar conductas similares, la reactiva que ve la culpa como reacción ante cierta clase de acciones, y la de contenido proposicional, misma que se centra en la relación entre la persona y el acto. Las teorías retribucionistas utilizan esta última dimensión, la de contenido proposicional, como fundamento de la culpa y resultado de nuestra conducta guiada por intenciones (aunque estas suscitan sus propias controversias, problema de la voluntariedad), ya que no hay una versión unánime respecto de nuestras intenciones. Nino cree conveniente aceptar su teoría consensual de la pena, debido a que resiste al determinismo gracias a su perspectiva del libre albedrío y al estar basada en un revestimiento de validez del consentimiento y no en la culpa, lo que tendría lugar aun creyendo en la verdad del determinismo.

#### VII. LAS TEORÍAS RETRIBUTIVAS DEL CASTIGO COMO ANTECEDENTES DEL PERFECCIONISMO ESTATAL. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PERSONAL

Las teorías retribucionistas referidas hasta el momento se caracterizan por una orientación hacia el reproche sustentado en la intención o elección; sin embargo, existe otra versión que se sustenta en el carácter del individuo y pretende ser la solución para el logro de una evaluación moral más integral del acto, de manera que las intenciones y demás actitudes son sólo elementos de ese carácter; esto viene a implicar la clase de individuo que es y permite reprochársele sus acciones.<sup>34</sup> Nino sugiere la conveniencia de distinguir en este punto el castigo penal y la culpa; ubicándose en el terreno de la culpa da la razón a los argumentos concernientes a acciones en general, es decir culpar por la clase de persona que se es; sin embargo no resulta aplicable para juzgar acciones concretas, ya que de ser así, cualquier acción sería espontaneidad del carácter que lo dejaría al descubierto, y la prueba de este último sería el

<sup>32</sup> NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. Editorial Ariel. Barcelona, 1989, p. 274.

<sup>33</sup> NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad...* *Op.Cit.*, p. 382.

<sup>34</sup> Michael Moore explica que esta teoría implica la asignación del castigo exclusivamente por el carácter de forma independiente a los actos externos.

propio acto, volviéndose redundante. Pese a lo anterior, es lo respectivo a las excusas donde Nino encuentra aciertos y argumentos aplicables para deslindar la responsabilidad.

Asumir una visión retributiva del castigo deriva en un enfoque subjetivo que exige realizar juicios de reprochabilidad<sup>35</sup> acerca del carácter y sus expresiones subjetivas.<sup>36</sup> Como alternativa a este contexto rígido, se menciona a R.A. Duff, partidario de una visión de la justicia restaurativa que encuentra la forma correcta de ser llevada a cabo por medio del castigo de índole retributivo.<sup>37</sup>

La postura respecto a las teorías retributivas lleva a Nino a una crítica contundente del perfeccionismo estatal que implica tomar al carácter como punto determinante para la adscripción de responsabilidad. Detrás de este perfeccionismo se encuentra la vulneración al principio de autonomía personal, aunque no en su aplicación como modelo, ya que ello caería en una contradicción; asumir este principio no requiere defenderlo como un ideal personal a partir del cual se valora a los demás. Para aclarar lo anterior, Nino utiliza una doble dimensión en la moralidad: la primera correspondiente a una dimensión interpersonal y la segunda a una dimensión personal. A través de esta clasificación es posible precisar acciones adecuadas que conciernen al contexto institucional y de funcionamiento social, o por el contrario al de mero proyecto personal.

La dimensión interpersonal procurará y evaluará atendiendo a las repercusiones en los otros, en tanto que la personal aspira a ideales de vida; una misma acción analizada bajo ambos enfoques puede llevar a conclusiones radicalmente distintas.

En la dimensión intersubjetiva Nino propone situar el principio de autonomía personal a manera de estándar orientado a hacer efectiva la aptitud de decidir y desarrollar los planes de vida de las personas, librándose con esto de situar la autonomía personal como un ideal de virtud que además se defendería por encima de otros. Subsecuentemente ofrece tres argumentos para reforzar dicha propuesta sobre el principio:

El primer argumento fija la conveniencia de la discusión moral sostenida en el consenso; sugiere un valor general, la autonomía moral, que se restringe a la autonomía personal. *“El paso de este principio general al principio más restrictivo de la autonomía personal lo permite la constatación de que el propio principio de autonomía personal autoriza a restringir la selección de ciertos modelos morales cuando su adopción tuviera consecuencias que afectasen a elecciones similares de otra gente”*<sup>38</sup>

Un segundo argumento apunta a las dificultades implicadas en la imposición de ideales, debido a que exige un nivel de aceptación considerable. El tercero lo dirige a su posición respecto del valor epistemológico del proceso democrático en el establecimiento de principios morales, los cuales en el plano interpersonal se validan como resultado de la reflexión colectiva; la democracia procede como la mejor opción al alcance cuando ésta se ejercita en el plano de la deliberación.

---

<sup>35</sup> En su grado más extremo traería consecuencias en la responsabilidad criminal como equiparar el delito consumado con la tentativa, incluso con la inidónea.

<sup>36</sup> Por eso Nino no concuerda con la elección de la dogmática jurídica por el juicio de culpabilidad y critica tan directamente al finalismo que lo afianzó.

<sup>37</sup> Duff sugiere un tratamiento diferenciado para la tentativa y el delito consumado, pero Nino rechaza las razones que da, por ser de hecho incompatibles con la reprochabilidad, debido a que la diferencia no radicaría en el sujeto, sino que podría deberse a situaciones accidentales sin modificar su carácter.

<sup>38</sup> NINO, Carlos Santiago. “Subjetivismo y objetivismo en el Derecho Penal”... *Op.Cit.*, p. 71.

VIII. LA TEORÍA CONSENSUAL Y LA OPCIÓN POR UN ENFOQUE OBJETIVO

Carlos Nino habla de sistemas morales que derivan en dos tipos de juicios, uno enfocado a valorar acciones respecto de propiedades externas y sus consecuencias, y otro que valora acciones respecto de alguien, es decir, de su carácter moral. La adjudicación del castigo no puede estar basada totalmente en uno de estos juicios, aunque la opción objetiva para mejor opción ante la inconveniencia de determinar la pena por medio de evaluaciones morales al sujeto:

Dos principios que integran la base normativa de la teoría para la adjudicación de responsabilidad penal cuyos lineamientos vengo exponiendo: el principio de que la pena debe ser un medio racional de proteger a la sociedad contra males mayores, y el principio de “asunción de la pena” (o sea, el principio de que el destinatario de la pena debe haber consentido la responsabilidad emergente de su acto).<sup>39</sup>

La teoría de Nino tiene en la base normativa cuatro principios: el principio utilitarista de prudencia en la protección social que sirve de condición para justificar la prescripción y la aplicación de las sanciones como medio de protección social; el principio de asunción de la pena que remite al consentimiento de la responsabilidad penal; el principio liberal anti-perfeccionista que establece que las leyes deben establecerse en atención a la prevención del daño a otros y no para alcanzar una moral ideal y; el principio de enantiotelidad, según el cual la aplicación de las leyes debe darse de tal forma que exclusivamente se sancionen las acciones que se intentan prevenir con la emisión de dichas leyes.

Los dos últimos aportan planteamientos interesantes a la dinámica de la responsabilidad; por un lado el antiperfeccionismo responde a la afirmación de Nino de que el Estado busca la prevención del daño y que por lo tanto, no puede tomarse un curso de acción guiado por ideales morales. Respecto al principio de enantiotelidad, este refiere “una condición adicional de la responsabilidad penal que puede formularse así: una acción es punible solamente cuando causa el daño o el peligro que la ley está destinado a prevenir”.<sup>40</sup>

Carlos Nino se muestra totalmente contrario ante el perfeccionismo como criterio de acción estatal, debido a que podría repercutir en el castigo de conductas contrarias a ciertos ideales, haciendo depender la punición del acercamiento o alejamiento que a ellos tenga el carácter moral de los individuos. El caso de punición por consumo de drogas es reflexionado como ejemplificación de lo anterior, con la peculiaridad de contener no sólo argumentos de tipo perfeccionista, sino también de tipo paternalista y de protección a terceros. Reconoce en tal sentido los perjuicios individuales, las consecuencias nocivas a la sociedad, así como una percepción moralmente negativa que antepone su enjuiciamiento a cualquier otra consideración.

El argumento perfeccionista justifica la punición en la autodegradación moral que el consumo de drogas implica; el paternalista fundamenta la intervención jurídica para evitar el consumo y proteger al individuo y el argumento de la defensa social que encuentra justificación satisfactoria en la protección social ante los efectos dañosos del consumo. La conclusión de Nino es que tales argumentos a la vista del principio de autonomía no son suficientes para penar el consumo, siendo una intromisión en el plan de vida de los individuos. “Un buen test de la firmeza de nuestra actitud de adhesión al principio de autonomía consiste en verificar

<sup>39</sup> NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad...* Op.Cit., p. 269.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 324.

si estamos dispuestos a tolerar no sólo las formas de vida que nos parecen nobles e inspiradas sino también las que nos chocan por aberrantes o estúpidas”<sup>41</sup>

La formulación de Nino responde a la idea de un estado liberal que cumpla el principio de autonomía personal al no interferir en la autonomía moral. En este sentido, llama la atención la idea de Duff respecto a que la culpa puede respetar la autonomía personal al aplicarse a seres moralmente racionales; sin embargo, Nino encuentra esto inaplicable por las características estatales, ya que al poseer la coacción en sus distintas manifestaciones, la ostentación de ideales específicos no se realiza de forma desenvuelta, sino por sugerencia o exigencia del ente.

Existen otros intentos de conciliar la idea del castigo encaminado a ideales con la autonomía personal, sin embargo tampoco llegan a ofrecer razones convincentes o suficientes para Nino, quien concluye un rezago en las teorías retribucionistas del castigo que encierran un enfoque subjetivo de la adjudicación penal. Las teorías prevencionistas, por otro lado no implican la adopción de uno de los enfoques; la versión que articula Nino parte del principio de protección prudencial de la sociedad que establece como condición a la aplicación del castigo que este evite más mal que el que infringe, debiendo además cumplir las subcondiciones de eficacia, economía, equilibrio e inclusión. El principio prudencial es examinado sobre la idea de las consecuencias del delito como privación de derechos ejecutada por un ente institucional, y desde dicha perspectiva, es decir, sin la contaminación del estigma, se insta a valorar aquello que pretende protegerse determinando las medidas, de forma justamente prudencial. Cuando se conjuga este principio con el de autonomía, la inclinación es por un enfoque objetivo, debido a que exige tomar por esos males aquello que afecte la autonomía personal, lo que conlleva a que el Estado fije en términos objetivos las acciones que desea evitar y ante las que debe reaccionar.

Optar por una decisión objetiva o subjetiva ha sido abordado desde distintos puntos, ya sea a través del concepto de normas, de reglas del derecho positivo o de las teorías de la pena.<sup>42</sup> Nino regresa a los argumentos de Sancinetti sobre la opción subjetivista, apuntando que este último arguye una especie de apego cultural al disvalor del resultado como el adecuado en el Estado de Derecho, mismo que fija la atención en el bien jurídico para garantizar la seguridad en el Derecho penal liberal y la conformación de lo que Sancinetti llama “el mito de la garantía del resultado”. Nino es objeto de abundantes críticas por parte de Sancinetti, quien lo coloca concretamente bajo lo que identifica como el “silogismo resultantista de correspondencia”, entre el disvalor del resultado y el derecho penal liberal, trazando dicho silogismo de la forma siguiente:

*a) La ley sólo debe estar destinada a prevenir las conductas dañosas para la sociedad; b) La conducta punible debe ser una de las que la ley trató de prevenir; c) Por lo tanto, la*

<sup>41</sup> NINO, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación...* Op. Cit. p. 446.

<sup>42</sup> En este punto, el autor Sancinetti sitúa a Carlos Nino y a Puig como propuestas de modelo de imputación con base en teorías de la pena; acerca de Nino afirma que este: “dedujo firmemente la conclusión de que el perjuicio efectivo derivado del hecho de que tenía que ser lo definitorio del concepto de ilícito, precisamente porque ese perjuicio real representaría el resultado opuesto al fin de la norma infringida. Él supone que si el concepto de ilícito depende de elementos subjetivos, anímicos, el Estado se convierte en autoritario, paternalista, con la pretensión de moralizar al individuo” citado en Op.Cit. p. 54.

*conducta sólo debe ser punible, en caso concreto, si produce efectivamente el daño que la ley quería evitar.*<sup>43</sup>

El argumento que atribuye a Nino, sugiere además que se trata de una falacia que debe encausarse hacia la voluntad, ya que el resultado no tiene función alguna dentro del ilícito. La respuesta que ofrece Carlos Santiago es considerar que Sancinetti realiza una malinterpretación:

En su lugar, mi segunda premisa es que las únicas acciones que deberían ser penadas serían aquellas que reúnen los elementos cuyo disvalor determina la emanación de la norma penal en cuestión para intentar prevenir que se materialicen; que el grado de punición al que son sometidas determinadas acciones debería ser correlativo al grado de disvalor de los elementos de dichas acciones frente a cuya materialización la emanación de la ley intentó prevenir<sup>44</sup>

La propuesta de Nino no comete el error de ser meramente objetiva, sino que el autor analiza la forma de complementar su enfoque por medio del principio de autonomía personal y del principio de dignidad de la persona. Este último principio optimiza de modo idóneo las actitudes subjetivas, rechazándolas como razones operativas últimas en la justificación de decisiones, sin restarles un sitio de gran importancia a la luz de otros principios normativos.<sup>45</sup> Respetar la voluntad de los individuos, se enlaza con la idea de que el agente asume las consecuencias de su actuar como parte integrante de un plan de vida.

En su elección objetiva también rechaza una adhesión a la teoría preventiva constituida únicamente por el principio de protección prudencial; de ser así, tendría pleno sentido la crítica kantiana a la tesis utilitaria, la cual hace referencia a la imposibilidad de determinar aquello tendente a lograr los mayores beneficios, entendidos como la felicidad<sup>46</sup> de los seres racionales; por tanto, no es posible establecer un imperativo categórico respecto a la felicidad, puesto que ésta “no es un ideal de la razón, sino de la imaginación, un ideal que descansa simplemente sobre fundamentos empíricos, de los cuales resultaría vano esperar que determinen una acción merced a la cual se alcanzase la totalidad de una serie de consecuencias que de hecho es infinita”;<sup>47</sup> la idea del castigo basada en principios utilitaristas correría la misma suerte, siendo incorrecto dado que el castigo en la teoría de Kant necesariamente debe ser un imperativo.

La teoría consensual de Nino pretende tomar los puntos ventajosos del retribucionismo y del prevencionismo. Evade del prevencionismo lo relativo a la distribución, en cuanto le es decisivo el consentimiento (principio de inviolabilidad de la persona); del retribucionismo separa la noción del reproche moral como guía de la sanción, rechazando así la búsqueda del perfeccionismo ético (principio de autonomía de la persona). Aunado a ello, su propuesta

<sup>43</sup> SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de la acción...* Op. Cit., pp. 79 y 80.

<sup>44</sup> NINO, Carlos Santiago. “Subjetivismo y objetivismo en el Derecho Penal”... Op.Cit., p. 78.

<sup>45</sup> Lo anterior parece a primera vista una contradicción, básicamente porque tal principio adscribe un tratamiento a los seres humanos de acuerdo a su consentimiento, intenciones y decisiones, así como el tomar en cuenta sus creencias y opiniones; la clave para superar esto, consiste en no dejar de reconocer el principio de dignidad de la persona como directriz de moralidad social, para de esta forma eludir factores injustificados en la asignación de la responsabilidad.

<sup>46</sup> Sin obviar los distintos tipos de utilitarismo, aquí se hace alusión al utilitarismo hedonista referido al actuar de acuerdo a lo que acarree mejores consecuencias, identificando estas con la felicidad- en Atienza Rodríguez, Manuel. *El sentido del Derecho*. Editorial Ariel. España, 2012.

<sup>47</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentación para una metafísica de las costumbre*. Roberto R. Aramayo- editor, Alianza editorial. Madrid, 2002, p. 122.

incluye el elemento de legitimidad para asignar la responsabilidad en tanto la pena impuesta contribuya a mitigar males en la sociedad; lo anterior engloba la legalidad de que el acto se encuentre contemplado en la ley (seguridad).

La noción de asumir el castigo es uno de los grandes ingredientes en Nino que propone al tiempo un remplazo al papel preponderante de la culpabilidad como reproche en las actuales teorías penales, al considerar que esto constituye una afrenta del perfeccionismo ético para institucionalizarse y pretender hacer legítimo el castigo hacia los individuos que se alejen de un ideal moral. Asumir el castigo no significa un deseo de los resultados, una voluntad hacia el castigo que evidentemente es contraria a la realidad en la mayoría de los casos; este consentimiento por el contrario, reviste un carácter normativo que consiste en aceptar las consecuencias jurídicas de actuar que emerge de una aceptación de la existencia de una ley que se reconoce justa.

Así mismo, Nino ha defendido que los actos voluntarios y las elecciones de los individuos pueden tenerse válidamente como antecedentes de consecuencias de carácter normativo, por lo que cualquier vicio que se encuentre en la voluntad de una persona no se traduce en que dicha voluntad este determinada exclusivamente por un factor causal, sino que este factor interfiere de un modo más preciso y afecta a los individuos de manera desigual. En este orden de ideas, el consentimiento no se examina en una situación estática; en la comisión de un delito por una persona que posea circunstancias desiguales considerables su consentimiento no será suficiente para justificar una pena, a pesar de la utilidad que dicha pena pueda representar. Sin embargo, esta afirmación no implica alcances de simpleza, el ser humano no puede dejar de ser visto como germen de decisiones autónomas por lo que los actos de voluntad en principio no deben ser descalificados como decisiones vinculantes, quedando dicha opción sólo para aquellas situaciones específicamente graves donde la presencia de factores causales sea manifiestamente desigual.

La puesta en práctica de sus propuestas pueden observarse en el caso concreto de la tentativa y de la tentativa imposible. En el desenlace de la teoría del delito la tentativa ha sido contemplada como una situación compleja en cuanto al tratamiento que amerita. Así, por ejemplo Feuerbach ya adelantaba la dirección de la tentativa hacia el delito, siendo una dirección objetivamente peligrosa en el supuesto de hacer peligrar o causar un daño al bien jurídico. Mezger por su parte, sostenía que la tentativa en términos objetivos no era posible de explicar, por lo que tendría que recurrirse al punto de vista subjetivo.

Carlos Nino asimila la tentativa a la imprudencia en el sentido de la enantiotelidad, aplicándose en la imprudencia a manera de una ampliación no consentida, y en la tentativa como un resultado que sin llegar a producirse se tenía por consentido. En la tentativa, la proyección y las actitudes subjetivas se corresponden con un delito consumado, por lo que quedan excluidas estas cuestiones como criterios para asignar la responsabilidad, siendo en cambio en el daño o el peligro donde debe fundarse la punibilidad de la tentativa, es decir, en la producción de situaciones indeseables socialmente; *“de la misma forma que una acción no debe ser penada si no produce el daño o peligro que la ley trata de impedir, ella no debe ser penada en el mismo grado que una acción cuyo resultado sea más dañoso, según la escala de daños y riesgos que se adopte”*.<sup>48</sup>

Respecto a la tentativa de delito imposible, Nino establece que se presenta ante una acción que en el supuesto de llevarse a cabo no significaría un daño hacia situaciones jurídicamente

<sup>48</sup> NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad... Op. Cit.*, p. 434.

protegidas, de forma independiente a la creencia contraria del agente; se presenta la inexistencia del riesgo objetivo y por lo tanto, no acarrea castigo alguno. “*El Estado de necesidad y la legítima defensa, así como la mera inocuidad de la acción, el consentimiento de la víctima y el ejercicio de un derecho, justifican la respectiva acción con independencia de los motivos, intenciones y creencias del agente.*”<sup>49</sup>

El enfoque objetivo propuesto por Nino deriva de su teoría consensual y cierra de la siguiente forma:

En definitiva, mi aproximación a la responsabilidad criminal es objetiva sin caer en el abismo del puro objetivismo. Para ser castigados penalmente, los sujetos deben haber actuado voluntariamente, y deben haber conocido las características de sus actos que son tenidas como relevantes por la norma penal en cuestión.<sup>50</sup>

Finalmente es necesario señalar que la obra de Nino es muy amplia y heterogénea, lo que conocemos como la teoría consensual de la pena tuvo etapas tempranas y etapas más maduras en las que Nino rectificó y reorientó algunos aspectos. Sin embargo, las ideas de este gran autor argentino expuestas en el presente artículo son algunas de las más importantes en su pensamiento; más allá del interés académico que puedan generar, las propuestas de Nino continúan siendo una gran aportación para el mundo jurídico y especialmente para el área penal, sobre todo mientras persistan los desacuerdos respecto a la pena.

## IX. CONCLUSIONES

En la actual caracterización de la teoría de la pena la elección de un enfoque subjetivo u objetivo no es del todo visible; de esta forma existen pronunciamientos expresos acerca del rechazo a criterios subjetivos para la adjudicación de responsabilidad, por ejemplo, en la diferenciación entre el derecho penal del acto y derecho penal de autor, “*de la concepción del Derecho penal como Derecho penal del acto se deduce que nunca pueden constituir delito ni el pensamiento, ni las ideas, ni siquiera la resolución de delinquir, en tanto no se traduzcan en actos externos*”;<sup>51</sup> este rechazo surge de una identificación peyorativa de lo subjetivo como algo arbitrario, contrario a ideales democráticos y de seguridad. Sin embargo, por otro lado tampoco se adopta un enfoque objetivo, así por ejemplo se asume que la producción del resultado no es una condición suficiente para adjudicar una pena.

Dentro del Derecho la pena puede ser vista desde diversas instancias: formulación, persecución y de aplicación; cualquier sistema jurídico contemporáneo tiene detrás una teoría de justificación que determina la manera en la que se llevarán a cabo dichas instancias, por ello es un problema crucial determinar la teoría que es seguida en nuestros países e intentar analizar si ésta es correcta o al menos es la que menos inconvenientes provoca en las de libertad de los individuos.

De acuerdo con esto, concluyo que los argumentos planteados por Carlos Nino en el artículo tratado contribuyen enormemente a un tema de trascendencia para el Derecho y que deberían ser estudiados por los juristas con mayor atención. Un enfoque objetivo (con las consideraciones que vimos), me parece que queda justificado por Nino como la opción más prudente para la adjudicación de la responsabilidad penal, sobre todo para esquivar las fo-

<sup>49</sup> NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad...* Op.cit., p. 485.

<sup>50</sup> NINO, Carlos Santiago, “Subjetivismo y objetivismo...” Op. cit., p. 82.

<sup>51</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal...* Op.Cit., p. 214.

nestas consecuencias que puede acarrear un sistema que valore el merecimiento del castigo a la luz de valores que, quizás, hayan sido escogidos arbitrariamente.

#### X. FUENTES

- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, *El sentido del Derecho*, Editorial Ariel, España, 2012.
- DUFF, R A., *Answering for crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*. Hart publishing, US and Canada, 2007.
- FLETCHER, George P., *Conceptos Básicos de Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, prólogo, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde.
- KANT, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Roberto R. Aramayo- editor, Alianza editorial, Madrid, 2002.
- \_\_\_\_\_, *La metafísica de las costumbres*, Editorial Altaya, España, 1997, p. 166.
- MOORE, MICHAEL, *Objetivity in Ethics an Law*. Ashgate Dartmouth. Great Britain, 2004.
- MALAMUD GOTI, Jaime, “Carlos S. Nino y la Justificación del Castigo”, *Revista Programma. Controversias en el Derecho Penal*, número 1. Argentina, 2005, pp. 89-106.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, Octava edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2010.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, novena edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2011.
- NINO, Carlos Santiago, “Derecho, Moral, Política”, *Doxa - Filosofía del Derecho*, número 14. Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante, 1993, pp. 35-47.
- \_\_\_\_\_, *Consideraciones sobre la Dogmática penal. Con referencia particular a la Dogmática Penal*, Ediciones Coyoacán, México, 2011.
- \_\_\_\_\_, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989.
- \_\_\_\_\_, *Introducción al Estudio del Derecho*. Cuarta edición, Editorial Ariel, España, 1991.
- \_\_\_\_\_, “Subjetivismo y objetivismo en el Derecho Penal”, *Revista Jurídica*, Universidad Autónoma de Madrid, número 1, España, 1999, p. 47-82.
- \_\_\_\_\_, “La huida frente a las penas”. *Revista Programma. Controversias en el Derecho Penal*, número 1. Argentina, 2005, pp. 17-40.
- \_\_\_\_\_, *Los límites de la Responsabilidad Penal. Una teoría liberal del delito*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1980, Traducción al castellano por Guillermo Rafael Navarro.
- ROCA PÉREZ, Victoria. “Derecho y Razonamiento práctico en C.S. Nino”- Tesis de Doctorado. *Doxa -Filosofía del Derecho*. Alicante, 2002.

ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I- Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Editorial Civitas, España, 1997. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal.

SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de la acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de la acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, *Introducción al Derecho Penal*, Editorial Oxford, México, 2012.

WELZEL, Hans, *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, Julio César Faira-Editor, Editorial B de F., Argentina, 2004.

