

CONTRIBUCIÓN DE LA DOGMÁTICA PENAL AL FORTALECIMIENTO DEL MODELO DE ESTADO LIBERAL ACOGIDO EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

The Contribution of The Criminal Dogma to Strengthening the Model of The Liberal State Covered Under the Argentine Constitutional Text

Laura FERRARESI*

Sumario:

I. Introducción II. Breves consideraciones acerca del modelo jurídico-político argentino III. Sistema de protección de la vigencia de las normas como paradigma de legitimación de la intervención penal. Su conexión con el modelo jurídico-político argentino IV. Conclusiones

Resumen: *La teoría de la imputación objetiva-desde el paradigma de la protección de normas-, resulta ser una herramienta sólida y adecuada dirigida a garantizar los ámbitos de libertad normativos propiciados por nuestra norma fundamental, en tanto solo serán objeto de prohibición aquellas decisiones de acción exteriorizadas y públicas que impliquen la arrogación perturbadora de un ámbito de organización ajeno, mas no aquellos comportamientos privados o que, ya externos, resulten irrelevantes. De ese modo, contribuye a fortalecer los presupuestos que, parte integrante del esquema constitucional definido por nuestro constituyente de 1853, sentaron las bases para considerar a la cuestión penal como aspecto central del orden público estatal, en tanto reflejo del núcleo fundamental de valores que definen a una sociedad abierta o democrática y liberal.*

Palabras clave: *División de poderes, texto constitucional, forma republicana de gobierno, ideas ilustradas, ley, democracia, derechos, garantías, legalidad, esquema penal constitucional, libertad, soberanía, liberalismo, estado de derecho, instituciones, imputación objetiva, protección de normas, ciudadano, bien jurídico, conducta socialmente perturbadora, standard, contacto social anónimo, posición de garante, acción, omisión, rol especial, rol común.*

Abstract: *The theory of the objective imputation –from the paradigm of the protection of laws– turns out to be a solid and adequate tool aimed at guaranteeing the legal fields of freedom promoted by our fundamental law, while being subject to prohibition only those externalized and public decisions of action that imply the disturbing arrogation of an external field of organization, not those private conducts or that, once externalized, become irrelevant. Thus, it contributes to strengthening the principles that, as an integral part of the constitutional scheme defined by our constituent assembly of 1853, set the basis for considering the criminal matter as a key aspect of the state public order, insofar as reflecting the fundamental core of values that define an open or liberal democratic society.*

* Abogada con Diploma de Honor recibida en la Universidad de Buenos Aires (UBA); especialista en Derecho Penal por la Universidad de Palermo; especialista en Administración de Justicia de la UBA; actualmente maestranda de la Maestría en Magistratura de la UBA. Desde diciembre de 2009, es secretaria en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal. Se desempeñó como ayudante graduada "Ad-Honorem" en la materia "Teoría del delito y sistema de la pena"; "Teoría del delito y fundamentación de la pena"; y "Las reglas constitucionales del Derecho penal material en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", todas ellas a cargo del Profesor Dr. Héctor Mario Magariños, correspondientes a la carrera de grado y posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Participó de varios congresos, conferencias y jornadas vinculadas al Derecho Penal y Procesal Penal, en algunas de ellas en carácter de asistente, disertante y organizadora. Es autora de artículos vinculados a la temática penal, publicados en revistas de la especialidad. Correspondencia: ferraresi2001@yahoo.com.ar

Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2020

Fecha de aceptación: 26 de julio de 2021

DOI: <https://doi.org/10.15174/cj.v10i20.396>

Keywords: *The Separation of Powers, The Constitutional Text, The Republic Form of Government, Illustrated Ideas, Law, Democracy, Rights, Guarantees, Legality, The Constitutional Criminal Scheme, Freedom, Sovereignty, Liberalism, The Rule of Law, Institutions, The Objective Imputation, Protection of Laws, Citizen, Legally Protected Interest, Socially Disturbing Conduct, Standard, Anonymous Social Contact, The Position of Surety, Action, Omission, Special Role, Common Role.*

I. Introducción

El repaso de algunos de los lineamientos del discurso de la Ilustración por los que discurrirá este trabajo, en especial, aquellos en los que se inscribe la teoría de Montesquieu, guarda la pretensión de realzar el surgimiento de la tutela y el resguardo de los individuos que, en ese contexto histórico y, a partir de un ejercicio controlado y regulado de poder, colocó al hombre en el centro de la escena, como sujeto titular de derechos. La interrupción de la mecánica de la obediencia de los súbditos y, como consecuencia de ello, el surgimiento del *deber* del soberano de respetar y defender las prerrogativas de los ciudadanos revitalizó la necesidad de la *soberanía de la ley* y la división de poderes; ambos presupuestos como pilares centrales del paradigma del estado de derecho, conforme con aquel modelo propiciado por los ilustrados y que se cristalizó, finalmente, en el texto constitucional argentino de 1853.

De allí el reconocimiento que a los enunciados de este pensador liberal le adjudicaran los ilustrados pues, a partir de aquellos no solo fue posible construir una serie de instrumentos fundamentales para contener el desenfreno del poder, sino también “para comprender la importancia decisiva del derecho penal en la ‘construcción de las paredes maestras del estado de derecho’”¹.

En el ámbito de la dogmática penal, a su vez, es posible reconocer en la teoría de la imputación objetiva desde la perspectiva de la “protección de la vigencia de las normas”, un paradigma consonante con aquellos postulados liberales, dirigidos a instalar y reivindicar el valor de la ley y la certeza jurídica y, junto con ello, la garantía de protección de los ámbitos de libertad ciudadana.

Claro que los lineamientos que serán expuestos en este trabajo no resultan suficientes para abarcar la enorme riqueza conceptual derivada de sus enunciados, ni del paradigma del cual forman parte.

Sin embargo, el repaso de sus ideas centrales evidenciará la convergencia existente entre los postulados desarrollados en el contexto de esa teoría en el ámbito del derecho

¹ IPPOLITO, Dario, *El espíritu del garantismo. Montesquieu y el poder de castigar*, Madrid, Trotta, 2018, p. 28.

penal, y aquellas categorías que, de la mano de Montesquieu, delimitaron las bases del esquema penal constitucional de nuestro país.

II. Breves consideraciones acerca del modelo jurídico-político argentino

La forma de gobierno republicana, acogida en el artículo 33 de la Constitución Nacional de la República Argentina, permite vislumbrar la influencia que, el estudio acerca de la teorización de los poderes concretó Montesquieu, en 1748, materializada en su obra maestra *Del espíritu de las leyes*². A lo largo de sus postulados, el jurista y filósofo francés se encargó de plasmar los fundamentos a favor de la división de los poderes en tres departamentos —ejecutivo, legislativo y judicial—, instaurando no solo a la ley como elemento central del Estado, sino también los rasgos característicos y esenciales de la república contemporánea, incorporados, con posterioridad, en los textos fundamentales de Estados Unidos (1787), Francia (1791), Argentina (1853) y numerosas naciones occidentales.

En palabras de María Angélica Gelli:

Existen muchos modos de definir la Constitución. En las democracias liberales, el término, de fuerte impacto político y emocional, está directamente ligado a la idea de control del poder y paradigma de los derechos personales. Así, la Constitución, al tiempo que otorga legitimidad a quienes acceden a los cargos gubernamentales mediante los mecanismos en ella diseñados, constituye, en sí misma, un control de los excesos e irrazonabilidades de que hacen gala quienes ejercen el poder. En esa dirección, las constituciones nacidas al calor de las luchas ideológicas del siglo XVIII debían establecer un sistema de división de poderes y declarar los derechos naturales e inalienables, propios de la dignidad humana. Esa concepción, suma de valores y compendio de las luchas por la libertad política, dio sentido y significado a las experiencias históricas de Estados Unidos en 1787 y de Francia en 1789 y en ellas abrevó la Constitución histórica de nuestro país, en 1853.³

² Un desarrollo interesantísimo acerca del proceso de autonomización de los poderes, la formación de la figura del juez moderno y la enorme influencia del pensamiento jurídico ilustrado en la teorización de la independencia de los jueces puede verse en FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2000, especialmente, pp. 586-589. Allí el autor señala cómo los postulados propios de la Ilustración impactaron en la teorización de la independencia de los jueces, en el marco de la doctrina de la separación de poderes, primero, en la versión de John Locke; y luego, en la clásica versión de Montesquieu, “como teoría de la separación del poder judicial tanto del legislativo como del ejecutivo, como garantía de su sujeción a las leyes preestablecidas y para tutela de los derechos de los ciudadanos frente a la opresión política”.

³ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*; 5ª edición ampliada y actualizada, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018, t. I, prólogo a la primera edición. En el mismo sentido, el Profesor Doctor Magariños afirma: Las ideas iluministas que inspiraron a los constituyentes de 1853 marcaron una nueva concepción acerca de la forma en que se organiza y se distribuye el poder político del Estado de derecho, estableciendo la máxima de la división de funciones como forma de dar mayores resguardos contra un uso arbitrario del poder del Estado respecto de los

Precursor de una nueva estructura del Estado, basada en el equilibrio de poderes como síntoma indicativo de la buena salud democrática de las sociedades⁴, uno de los ejes centrales que trasuntan los enunciados proclamados por Montesquieu guarda relación con la necesidad de evitar los gobiernos despóticos y mitigar los abusos de los regímenes, mediante un sistema de contrapesos que garantice el control de un poder respecto del otro. “Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares”. Y también afirma que:

Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. A continuación agrega: Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.⁵

Es así como la distinción de poderes no solo encarna el principio aristotélico acerca de que el poder es menos despótico cuanto más dividido está; sino que también insta la necesidad de independencia de los magistrados como pilar fundamental, en tanto garante de los derechos de los ciudadanos y su protección frente al ejercicio de poder, cualquiera sea el órgano desde el cual aquel sea detentado. Para Montesquieu, el poder judicial debe estar completamente separado de los otros dos poderes. Así, coloca “sobre las espaldas” de la magistratura la enorme tarea de protección de la libertad y, sin perjuicio de la significación que pueda cobrar su teoría de la división de los poderes, lo cierto es que su preocupación central guarda relación con la necesidad de absoluta independencia del poder judicial y de que sea, de algún modo, “invisible”, porque considera que es ante el juez cómo el ciudadano percibe el poder del estado en toda su plenitud⁶.

En el mismo sentido, Beccaria⁷ expresa que:

el soberano, que representa a la misma sociedad, no puede sino formar leyes generales que obliguen a todos los miembros, pero no puede juzgar sobre si uno ha violado el contrato social, puesto que entonces la nación se dividiría en dos partes, una representada por el soberano que afirma la violación del contrato, y la otra por el

derechos individuales de los ciudadanos”. Cfr. MAGARINOS, Mario, “Principio acusatorio vs. discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal pública”, *Dilemas actuales de derecho penal*, Buenos Aires, AD-HOC, 2012, p. 63.

⁴ En términos de Mauricio Viroli, el republicanismo “identifica la verdadera libertad con la ausencia de dependencia de la voluntad arbitraria de una o varias personas”. Cfr. BOBBIO, Norberto y VIROLI, Mauricio, *Diálogo en torno a la república*, trad. Rosa Tifus Gatell, Kriterion, Barcelona, Tusquets Editores, 2002, p. 9. De allí la necesidad de diluir el poder y de requerir explicaciones acerca de las decisiones adoptadas.

⁵ MONTESQUIEU, Charles, *Del espíritu de las leyes*, Buenos Aires, Libertador, 2004, p. 132.

⁶ SHKLAR, Judith Nisse, *Montesquieu*, trad. italiana de B. Morcavallo, Bolonia, il Mulino, 1990, p. 92, en IPPOLITO, Dario, *op. cit.*, p. 39-40.

⁷ Acérrimo seguidor del pensamiento penal inaugurado por Montesquieu, tal como lo señala Perfecto Andrés Ibáñez en el prólogo a la obra dedicada al jurista y filósofo francés. IPPOLITO, Dario, *op. cit.*

acusado, que la niega; es, por tanto, necesario que un tercero juzgue sobre la verdad del hecho. He aquí la necesidad de un magistrado, cuyas sentencias sean inapelables y consistan en meras afirmaciones o negaciones de hechos particulares.⁸

Es por ello por lo que en los postulados de Montesquieu es posible identificar el inicio de la crítica ilustrada al poder de castigar. No solo porque a través de ellos desvirtuó duramente las leyes criminales hasta entonces existentes; sino también porque es posible reconocer, a partir de allí, la inauguración de la reflexión jurídico-penalista que, paulatinamente, signó el camino a seguir en la posteridad.

El orden legal del poder punitivo representa para este pensador la base de valoración adecuada en torno a la naturaleza de los gobiernos pues:

Sin garantías penales sustanciales, es inevitable que el despotismo derribe la libertad. La tutela de esta última exige la satisfacción legislativa de los principios de taxatividad, materialidad de la acción y necesidad. El primero prescribe el uso de términos semánticamente determinados en la configuración de los delitos. El segundo proscribela criminalización de los pensamientos y de las palabras. El tercero establece que las acciones indiferentes no pueden ser calificadas como delitos. Los tres sirven para delimitar el espacio de las prohibiciones admisibles y para ampliar la esfera de la libertad individual.⁹

En el mismo sentido, el Profesor Mario Magariños señala que:

El origen histórico común de los principios de exteriorización, del carácter público de los comportamientos y de legalidad, tres garantías fundamentales derivadas del pensamiento iluminista, explica la incorporación expresa en el texto constitucional de 1853 de esas reglas y, probablemente también ese fundamento filosófico político constituya la razón por la cual el principio de culpabilidad no mereció consagración explícita en la Constitución Nacional. La necesidad política de excluir de modo terminante del poder de regulación del legislador penal todo acto interno, muy posiblemente haya conducido a considerar inconveniente cualquier alusión normativa a cuestiones de carácter subjetivo.¹⁰

Tal como lo expresa Dario Ippolito, es en la inagotable obra de ese pensador liberal en la que los ilustrados hallaron los instrumentos conceptuales centrales para equilibrar y detener el poder ilimitado, la ferocidad punitiva y, especialmente, para identificar la relevancia central del derecho penal en la configuración de los pilares fundamentales del estado de derecho¹¹. Las reflexiones de este pensador acerca de la libertad y de los factores

⁸ BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Barcelona, Folio, 2001, p. 47.

⁹ IPPOLITO, Dario, *op. cit.*, pp. 29-30.

¹⁰ MAGARIÑOS, Mario, *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto. Una investigación acerca de los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2008, pp. 97-98 (destacado en el original).

¹¹ IPPOLITO, Dario, *op. cit.*, p. 28; Norberto Bobbio, Prólogo a FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría... cit.*, pp. 13-19. A su vez, una interesante descripción acerca del concepto general de garantía y garantismo

de los que depende su existencia, enaltecen y vigorizan el indispensable valor de la certeza del derecho pues “si no estamos en condiciones de prever las consecuencias jurídicas de nuestras acciones y de las de los demás, si no es clara la línea de separación entre lo lícito y lo ilícito, si no podemos obrar sin la seguridad de no abrigar el temor a incurrir en sanciones, entonces no somos verdaderamente libres”¹². Y la incertidumbre jurídica capaz de poner en peligro la libertad, puede ser neutralizada, únicamente, mediante decisiones judiciales sujetas, plenamente, al texto expreso de la ley. Solo así será posible la libertad; solo en la medida en que se propicien garantías institucionales vinculadas a una clara división de la función jurisdiccional de los restantes poderes que conforman el esquema tripartito del poder; solo en la medida en que las controversias planteadas prescindan, en su solución, de la opinión particular de cada magistrado, en un contexto político acorde a los principios institucionales que responden a las divisiones funcionales y legales estatuidas, en aras de alcanzar un correcto equilibrio en el ejercicio del poder¹³.

Por ello se considera que el derecho penal es el paradigma sobre el que reposa el Estado de derecho y la democracia liberal. En él no solo es construido y articulado el complejo de libertades que trasuntan la convivencia social. También se proyectan a su interior las necesarias limitaciones a la “libertad salvaje”¹⁴ de los asociados, y los indispensables límites a la potestad punitiva del Estado.

De ahí la suma relevancia del esquema penal constitucional argentino. En él es posible identificar los cimientos dirigidos a construir una patria regida por los principios de libertad y democracia propios de una república en la que prevalece la soberanía popular y, con ella, el resguardo suficiente para los derechos y garantías individuales, sin distinciones ni privilegios; el modelo de una sociedad abierta o democrática y liberal, surgida en los momentos decisivos de su conformación y que, más allá de todos los vaivenes que los atravesaran, se constituyó, en el pasado, en la piedra fundante de nuestra nación¹⁵.

puede verse en FERRAJOLI, Luigi, *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*, Madrid, Trotta, 2018, p. 22. Allí, el autor refiere que “el garantismo enlaza con la tradición clásica del pensamiento liberal. Y expresa la demanda, propia de la Ilustración jurídica, de la tutela de los derechos a la vida, a la integridad y a la libertad personal contra ese ‘terrible poder’, como lo denominó Montesquieu, que es el poder punitivo”.

¹² IPPOLITO, Dario, *op. cit.*, p. 37.

¹³ “A diferencia de cualquier otro poder público, el poder judicial no admite una legitimación de tipo representativo o consensual, sino solo una legitimación de tipo racional o legal”. Y luego, se agrega que: “Un ciudadano no puede ser castigado solamente porque ello responde a la voluntad o al interés de las mayorías. Ninguna mayoría, por amplia que sea, puede volver legítima la condena de un inocente o la absolución de un culpable. Y ningún consenso político- del Parlamento, la prensa, los partidos o la opinión pública- puede suplantar o, al contrario, pasar por alto las pruebas de una hipótesis acusatoria”. Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *El paradigma garantista... cit.*, pp. 29-30.

¹⁴ En términos de Luigi Ferrajoli, *ibidem*, p. 32.

¹⁵ Para un detalle exhaustivo respecto de estos acontecimientos históricos, puede verse: NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica*

De allí también el enorme protagonismo que, en este esquema de principios y garantías, debe asumir la magistratura. Porque a ella le es dada la enorme responsabilidad de reconducción del derecho penal, en pos de la tutela de los derechos fundamentales, en un marco de síntesis perfecta entre garantismo, eficiencia y certeza jurídica, en un contexto de actuación que propicie la independencia judicial a fin de intervenir, efectivamente, en la erradicación de las ilegalidades del poder. Porque, tal como lo expresa Luigi Ferrajoli: “Sólo un efectivo pluralismo institucional y una rígida separación de poderes puede garantizar la rehabilitación de la legalidad en la esfera pública según el paradigma del estado democrático de derecho”¹⁶.

III. Sistema de protección de la vigencia de las normas como paradigma de legitimación de la intervención penal. Su conexión con el modelo jurídico-político argentino

Es así como el respeto por la ley y las instituciones constituye el mayor desafío para el arraigo del ideario liberal, y exige, fundamentalmente, el acogimiento de aquellas pautas procesales que legitimen los mecanismos deliberativos políticos o jurisdiccionales creados para su adecuada realización, dirigidos a fortalecer ese modelo incorporado al texto constitucional argentino.

En el ámbito penal, la concepción de la teoría de la imputación objetiva desde la perspectiva de “la vigencia de las normas” es la que ofrece el retrato más exacto del derecho y de ese ideario liberal¹⁷.

La profundidad de sus enunciados —en cuyo contexto, Günther Jakobs se erige como uno de sus exponentes más influyentes— aún no ha recibido un adecuado reconocimiento, pese a la enorme relevancia que, desde su perspectiva, representa para el derecho penal de fondo. La adjudicación de la atención merecida a su propuesta superadora, posiblemente represente no solo una reivindicación indispensable a la dogmática penal —como instrumento racional y absolutamente necesario para la

constitucional, 5ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2017, pp.110-152. Por otra parte, una excelente reconstrucción de los primeros ensayos constitucionales en los que fueran plasmados esos ideales republicanos puede verse en MONTES DE OCA, Manuel A., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Buenos Aires, s.a., t. I, especialmente, cap. III; y GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, 13ª edición, Buenos Aires, Ángel Estrada y Cía, s/a, especialmente, cap. I. También véase SARMIENTO, Domingo Faustino (1929), para quien “la igualdad de derechos en la cosa pública es la condición esencial de esta asociación; y el ejercicio absoluto del derecho de gobernarse de sí misma, que es asegurar sus vidas, propiedades y propender a su mayor felicidad, se llama soberanía”. SARMIENTO, Domingo Faustino, *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina, con numerosos documentos ilustrativos del texto*, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos de L.J. Rosso, 1929, p. 116; resaltado con bastardilla en el original.

¹⁶ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría... cit.*, pp. 10-11.

¹⁷ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 59; MAGARIÑOS, Mario, *Los límites de la ley penal... cit.*, p. 79.

determinación y el análisis de un comportamiento jurídico penalmente relevante—, sino también a aquellos hitos centrales que, como parte integrante de su teoría, también son susceptibles de ser identificados en el discurrir de la historia argentina y desde las diversas perspectivas que la atravesaron, determinando el camino que, desde sus orígenes, fuera elegido para la construcción de una república virtuosa.

Sus postulados evidencian una síntesis casi perfecta de aquellas ideas ya proclamadas por Montesquieu durante la época de Las Luces, y guardan vinculación no solo con la atribución de un rol central a la ley como elemento fundamental en la configuración del estado de derecho, sino también como principio ordenador de la interacción social de los ciudadanos entre sí, por un lado; y entre aquellos y quienes detentan el poder, cualquiera sea el ámbito desde el que esas prerrogativas sean ejercidas, por el otro.

Desde su concepción de la “protección de la vigencia de la norma”, el comportamiento “perturbador” o jurídico penalmente relevante ya no será definido como aquel que causa una lesión o coloca en peligro un bien¹⁸, sino por erigirse en un desafío y cuestionamiento negativo de la expectativa normativa; por representar un significado propio de la anormalidad social. En esta perspectiva no importa, ya, la relación con los bienes jurídicos, sino de las personas entre sí; y por ello, el autor es considerado un ciudadano —característica propia de las sociedades configuradas como ordenamientos de libertades¹⁹— y no un enemigo del bien jurídico²⁰.

La tutela de ciertos actos que no exceden el ámbito de reserva deriva, precisamente, de la condición jurídica de ciudadano asignada a las personas, en las cuales se garantiza una

¹⁸ “La pena no asegura bienes jurídicos, y mucho menos aún, los repara, sino que asegura la vigencia de la norma. La protección de bienes jurídicos en todo caso se obtendrá como resultado mediato”. Cfr. JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática... cit.*, p. 51. Además, un interesante desarrollo acerca de los diversos paradigmas atravesados en el ámbito de la dogmática penal puede verse en MAGARIÑOS, Mario, *Los límites de la ley penal... cit.*, pp. 76-80. Allí, el autor señala que: “El autor viene definido tan solo por el hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, con el añadido de que cabe anticipar, potencialmente, sin límite alguno, el comienzo de tal peligro. El autor no tiene ninguna esfera privada, ningún ámbito para una conducta-todavía-no-socialmente –relevante, sino que es solo fuente de peligro o, con otras palabras, enemigo del bien jurídico. En un consecuente desarrollo de este criterio de tomar como punto de partida la protección de bienes jurídicos, habría que combatir penalmente incluso los pensamientos peligrosos de autores potenciales o, más aún, las fuentes de las que surgen estos pensamientos peligrosos”.

¹⁹ “A la definición del autor como enemigo del bien jurídico... se ha de contraponer aquí una definición del autor como ciudadano... del estatus de ciudadano se pueden derivar límites, hasta cierto punto firmes, para las anticipaciones de la punibilidad”. Cfr. “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, *Fundamentos del derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, Buenos Aires, Ad Hoc, 1996, p. 185.

²⁰ Escapa a los fines de este trabajo todas las controversias y críticas que la expresión “enemigo” generó en el marco de las discusiones en materia de derecho penal. Solo mencionaré que la expresión “Derecho Penal del Enemigo” aparece en la obra de Jakobs, por primera vez, en “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” (1985), trad. Enrique Peñaranda Ramos, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997.

esfera civil interna. Un mero pensamiento no puede constituir ninguna perturbación de la vida en común y tampoco ningún comportamiento que no exceda la esfera privada²¹.

Se reivindica, de ese modo, la noción de “persona” pues, en esta paradigma, los miembros de la sociedad son destinatarios de esa condición jurídica y, en ese carácter, se les dirigen ciertas normas, con la expectativa de que sean debidamente acatadas²².

Subyace a esa reivindicación la instalación, a su vez, en la escena, de la noción del ser que abre camino a un ciudadano libre, autónomo y racional, capaz de asumir la responsabilidad respecto de las propias acciones²³, titular de un ámbito de libertad en cuya configuración debe prevalecer, como condición mínima, el reconocimiento de un otro como persona, traducido en el deber negativo de no dañarlo, de no lesionarlo, de no interferir en su autonomía (competencia por organización); y/o en la obligación de configurar de modo conjunto un mundo en común- al menos, parcialmente-, a través de ciertas prestaciones, inherentes al especial rol o *status* social que un ciudadano determinado ocupa en el contexto social de que se trate (competencia por institución)²⁴.

²¹ MAGARIÑOS, Mario, *Los límites de la ley penal...* cit., p. 79; y JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática...* cit., p. 190.

²² “Persona” se define, en este contexto, como aquel ciudadano respetuoso del derecho, y sobre el cual reposa la expectativa de adecuado cumplimiento de las reglas.

²³ KANT, Immanuel, “¿Qué es la ilustración?”, *Filosofía de la historia*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1992; *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Buenos Aires, EUDEBA, 1998, especialmente, capítulos segundo y tercero; RAFFIN, Marcelo, *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y postdictaduras del Cono Sur*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, especialmente, capítulo 2.

²⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. corregida, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Muril, 1991, especialmente, apartados 28-30; “La imputación objetiva especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del ‘riesgo permitido’, la ‘prohibición de regreso’ y el ‘principio de confianza’”, trad. Enrique Peñaranda Ramos, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997; *La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión*, trad. Enrique Peñaranda Ramos, Colombia, Universidad Externado, 1997; “La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”, trad. Manuel Cancio Meliá, *Bases para una teoría funcional del derecho penal*, Perú, Palestra Editores, 1997; *La imputación objetiva en Derecho Penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996, pp. 29-36; *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* cit., nota 17. Como lo expresa el Profesor Magariños: En las sociedades organizadas como estados de libertades, junto con aquellas instituciones especiales que poseen un contenido positivo, esto es, que garantizan jurídicamente la expectativa de ayuda positiva, al generar deberes de salvamento en sentido estricto, existe una institución básica para la estructura de la sociedad, en tanto se diseñe dentro del marco de un ordenamiento jurídico, cuya condición mínima de juridicidad es el reconocimiento del otro como persona, y contenido mínimo de este reconocimiento es, a su vez, el deber negativo de no lesionar al otro, de no dañarlo, de dejarlo en su autonomía, se trata de aquel antiguo principio, conocido en el derecho romano bajo la denominación de *neminem laede*”. MAGARIÑOS, Mario, *Los límites de la ley penal...* cit., pp. 85-86. En consonancia con ello, ha sido enfatizado que: “Teniendo en cuenta la actual configuración de la sociedad, el derecho penal ha de garantizar la institución negativa *neminem laede* al menos en sus puntos fundamentales. De otra manera, la actual sociedad renunciaría a seguir siendo ella misma. El principio del *neminem laede* comprende la protección de la dignidad del

En ese ámbito, será la teoría de la imputación objetiva²⁵ la herramienta a partir de la cual podrá ser establecido el significado delictivo —o no— de un comportamiento desde el punto de vista social.

Sus presupuestos²⁶ permitirán delimitar una eventual infracción al plexo normativo que regula el complejo ámbito de interacciones sociales, dejando traslucir, como consecuencia de ello, la defraudación a las expectativas normativas que coloquen en riesgo no solo el mutuo entendimiento normativo, sino también la propia vigencia de las normas.

Es misión de esa teoría, a su vez, la de garantizar los espacios de libertad de acción jurídicamente reconocidos y cuyo ejercicio, en el ámbito de las sociedades modernas, se expresará a través de contactos sociales anónimos.

De allí la necesidad de recurrir a la categoría de *standards* pues, socialmente, únicamente podrá resultar esperable el adecuado cumplimiento de esos roles ya perfilados, cuyas características responderán a cierto patrón general de orientación del comportamiento.

Las garantías normativas establecidas por el derecho no tienen el contenido de que todos intenten evitar todos los daños posibles..., sino que adscriben a determinadas personas, que ocupan determinadas posiciones en el contexto de interacción..., determinados cometidos, es decir, aseguran *standars* personales, roles que deben ser cumplidos, y de este modo hacen posible una orientación con base en patrones generales.²⁷

La imputación objetiva permitirá, en ese contexto, y mediante el análisis del conjunto de sus instituciones normativas, establecer quién es garante de qué, y en su caso, quién debe responder ante un eventual quiebre de la garantía prescindiendo, ya, de la necesidad de diferenciación entre una acción o una omisión, pues ello formará parte únicamente del mundo físico, mas no del plano de la comunicación²⁸.

De allí, también, una de las consecuencias superadoras de esta perspectiva: la ruptura con las fuentes de responsabilidad hasta entonces conocidas, vinculadas a la discusión

hombre y de la libertad personal”. Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 93.

²⁵ *La teoría de la imputación objetiva se ocupa de la determinación de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable* (cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General... cit.*, especialmente, apartado 7.IV).

²⁶ Esas instituciones normativas son: riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y competencia de la víctima. Su desarrollo excede el objetivo de este trabajo, pero puede verse JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General... cit.*, especialmente, apartado 7; “La imputación objetiva especialmente en el ámbito de las instituciones... cit.”; *La competencia por organización... cit.*; “La prohibición de regreso en el delito de resultado... cit.”; *La imputación objetiva en Derecho Penal... cit.* JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General... cit.*

²⁷ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal... cit.*, p. 20.

²⁸ JAKOBS, Günther, *La competencia por organización... cit.*, p. 242.

clásica en torno a cuestiones meramente naturalísticas (verificación de un comportamiento activo u omisivo) para orientarla en un sentido estrictamente normativo²⁹.

Se inaugura, así, la posibilidad de una mayor certeza jurídica en torno a las expectativas normativas y, en su caso, de las consecuencias ante los eventuales incumplimientos advertidos. En este paradigma, el fundamento de la responsabilidad penal guardará relación con el quebrantamiento de un rol, sea de carácter especial o común pues, las personas establecerán contactos entre sí conforme a esos roles más o menos perfilados y de los que derivarán expectativas recíprocas: el portador de ese rol será garante de su cumplimiento normativamente asegurado, y responderá conforme a la posición de garante que también le es normativamente adjudicada.

En definitiva, esta breve síntesis de la teoría de la imputación objetiva desde la perspectiva de la protección de la “vigencia de las normas”, evidencia que aquellos principios constitucionales, que forman parte del esquema penal constitucional argentino, encuentran en sus postulados una extraordinaria herramienta de consolidación y fortalecimiento, mediante la adecuada precisión de los ámbitos normativos de libertad de acción. Conforme a sus parámetros, un ciudadano solo se convertirá en autor de un hecho delictivo, en la medida en que desborde los parámetros de interacción permitidos e interfiera, como consecuencia de ello, de manera ilegítima en el ámbito de organización ajeno.

Se vislumbra, así, la relevancia adjudicada a la ley como instrumento central de integración ciudadana, y de reaseguro del desarrollo personal y social conforme a ciertos patrones de orientación normativa, indispensables para la construcción de la identidad conforme a derecho, el afianzamiento de las expectativas respecto de los comportamientos esperables, y la certeza jurídica. Todo ello, buscando la preservación de la paz social y el fortalecimiento institucional.

IV. Conclusiones

La teoría de la imputación objetiva-desde el paradigma de la protección de normas-, resulta ser una herramienta sólida y adecuada dirigida a garantizar los ámbitos de libertad normativos propiciados por nuestra norma fundamental, en tanto solo serán objeto de prohibición aquellas decisiones de acción exteriorizadas y públicas que impliquen la arrogación perturbadora de un ámbito de organización ajeno, mas no aquellos comportamientos privados o que, ya externos, resulten irrelevantes.

Sus postulados evidencian una clara conexión con el ideario liberal pleno ya estatuido en el texto constitucional, compatible con la convergencia, el desarrollo de la diversidad, las diferencias personales y el fortalecimiento institucional.

²⁹ *Idem.*

En su afianzamiento resultan indispensables, entonces, los lineamientos de Montesquieu, relativos al establecimiento de la ley como presupuesto central del estado y como garante del equilibrio y correcto funcionamiento de la división de poderes, como “síntoma” de la “buena salud” democrática de la sociedad; y la reivindicación de la dogmática penal, como instrumento racional y necesario para la determinación y el análisis de los comportamientos jurídico penalmente relevantes, en tanto síntesis conceptual sólida para reconstruir un paradigma de responsabilidad, buscando la adecuada garantía de los ámbitos de libertad normativos alentados por nuestra norma fundamental.

Su aplicación permite intervenir, de manera transversal, en el robustecimiento de los presupuestos que, parte integrante del esquema constitucional definido por nuestro constituyente de 1853, sentaron las bases para considerar a la cuestión penal como aspecto central del orden público estatal, en tanto reflejo del núcleo fundamental de valores que definen a una sociedad abierta o democrática y liberal.

V. Referencias bibliográficas

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Barcelona, Folio, 2001.

BOBBIO, Norberto y VIROLI, Mauricio, *Diálogo en torno a la república*, trad. Rosa Tifus Gatell, Kriterion, Barcelona, Tusquets Editores, 2002.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2000.

_____, *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*, Madrid, Trotta, 2018.

GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*; 5º edición ampliada y actualizada, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2018, t. I.

GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, 13º edición, Buenos Aires, Ángel Estrada y Cía., s/a.

IPPOLITO, Dario, *El espíritu del garantismo. Montesquieu y el poder de castigar*, Madrid, Trotta, 2018.

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2º edición corregida, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Muril, 1991.

_____, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, *Fundamentos del derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, Buenos Aires, Ad Hoc, 1996.

_____, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996.

_____, “La imputación objetiva especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del ‘riesgo permitido’, la ‘prohibición de regreso’ y el ‘principio de confianza’”, trad. Enrique Peñaranda Ramos, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997.

_____, *La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión*, trad. Enrique Peñaranda Ramos, Colombia, Universidad Externado, 1997.

- _____, “La prohibición de regreso en el delito de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”, trad. Manuel Cancio Meliá, *Bases para una teoría funcional del derecho penal*, Perú, Palestra Editores, 1997.
- _____, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- KANT, Immanuel, “¿Qué es la ilustración?”, *Filosofía de la historia*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- _____, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Buenos Aires, EUDEBA, 1998.
- MAGARIÑOS, Mario, “Principio acusatorio vs. discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal pública”, *Dilemas actuales de derecho penal*, Buenos Aires, AD-HOC, 2012.
- _____, *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto. Una investigación acerca de los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2008.
- MONTES DE OCA, Manuel A., *Lecciones de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Buenos Aires, s.a., t. I.
- MONTESQUIEU, Charles, *Del espíritu de las leyes*, Buenos Aires, Libertador, 2004.
- NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, 5ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 2017.
- RAFFIN, Marcelo, *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y postdictaduras del Cono Sur*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- SARMIENTO, Domingo Faustino, *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina, con numerosos documentos ilustrativos del texto*, Buenos Aires, Talleres Gráficos Argentinos de L.J. Rosso, 1929.
- SHKLAR, Judith Nisse, *Montesquieu*, trad. italiana de B. Morcavallo, Bolonia, il Mulino, 1990.