

Sobre la necesidad de valoración moral en el derecho penal: el problema en la aplicación de ciertos delitos contra la libertad individual*

Hernán D. Grbavac**

RESUMEN

El presente trabajo propone reflexionar acerca de la necesidad de una valoración moral explícita en el ámbito del Derecho Penal. Para ello se tomarán como ejemplos cuatro figuras penales vigentes en la legislación argentina y que, con sus características específicas, afectan la libertad individual. Ellas son la privación ilegal de la libertad (Código Penal argentino, artículo 141), el secuestro (Código Penal argentino, artículo 142 bis), la sustracción de menores de diez años (Código Penal argentino, artículo 146) y el rapto¹ (Código Penal argentino, artículo 130). A los fines citados, se analizarán las diferentes situaciones fácticas que pueden ser comprendidas por tales delitos, esto es, sus correspondientes “espacios típicos”².

Derecho Penal – delitos – valoración moral

About the necessity of moral valuation in the criminal law: the problem in the application of some crimes against individual freedom

ABSTRACT

This paper is proposing to reflect the explicit moral valuation in the field of Criminal Law. To do this, there will be taken as examples four existing crimes in Argentine Criminal Law, and the specific characteristics that affect individual freedom. They are illegal deprivation of liberty (Argentine Penal Code, article 141); abduction (Argentine Penal Code, article 142 bis); abduction of ten years old minors (Argentine Penal Code, article 146); and kidnapping (Argentine Penal Code, article 130). For the purposes above, the different factual situations that can be comprehensives for such offenses, will be analyzed in their corresponding actus reus.

Criminal Law – crimes – moral valuation

* Quiero agradecer a los Dres. Aníbal G. Gronda, Andrea M. Quincose Vilalta, José N. Gómez, Carlos A. Molina, Juan I. Díaz y a la Prof. Marta M. Fassano, por los comentarios y sugerencias que me hicieron llegar al leer este trabajo. El agradecimiento se extiende también a quienes leyeron una versión anterior y me indicaron las correcciones pertinentes.

** Especialista en Derecho Penal. Profesor Adjunto de Derecho Penal, Universidad de la Cuenca del Plata, Argentina. Correo electrónico: hernan@grbavac@hotmail.com.

Artículo recibido el 27 de marzo de 2015 y aceptado para su publicación el 30 de agosto de 2016.

¹ Si bien el rapto es un delito que figura, en Argentina, entre las ofensas que afectarían la libertad sexual (Código Penal Libro II, Título III), por esta razón, es un ataque contra la libertad individual, porque se consuma con la *sustracción o retención de la víctima* (ergo, con la privación de la libertad) *a través de fraude, intimidación o fuerza con la intención de atacar su libertad sexual*, pero esta última finalidad no es necesario que se produzca. Véase a tal fin *infra* IV. Anexo.

² La expresión “espacio típico” es tomada aquí de Pessoa, N., *Concurso de delitos. Teoría de la unidad y pluralidad delictiva*, Hammurabi, Bs. As., 1996, p. 14.

I. PLANTEO DEL PROBLEMA

El título de este trabajo, como asimismo el eje respecto del que gira, podría generar desconfianza y rechazo en la academia penal de tradición continental europea y, especialmente, en el marco de la dogmática penal alemana. En cierto modo, no es fácil para quien se ha formado en las citadas concepciones aceptar una afirmación que abiertamente apela a la necesidad de que exista y se articule explícitamente una valoración de carácter moral a la hora de adscribir (o no) responsabilidad penal a un sujeto sometido a proceso.

Sin embargo, tales cuestionamientos pueden ser disipados. Cuando se alude a la “valoración moral” no se está haciendo referencia a que la fijación de las reglas que determinan la responsabilidad penal deben quedar al arbitrio del juzgador. Tampoco implica ello pregonar el establecimiento, en el marco del Derecho Penal, de presupuestos vinculados con la moral individual o privada (cuya reserva de la autoridad, por otra parte, está expresamente garantizada por el artículo 19 de la Constitución argentina).

Al contrario, con la expresión “valoración moral” se quiere remarcar la necesidad de que se expliciten los presupuestos valorativos que, de hecho, están presentes en la práctica a la hora de fundamentar acerca de la aplicación (o no) de una sanción penal a un sujeto.

Ello traerá consigo varias ventajas: a) estimular el debate acerca de los presupuestos utilizados por los operadores del sistema penal; b) permitir un control efectivo respecto de los criterios utilizados por los jueces a la hora de dictar sus correspondientes sentencias; c) reflexionar pertinente a los principios morales que subyacen en las decisiones judiciales y sobre los que se recuesta la justificación del Derecho³; d) desenmascarar cierta afirmación de que el Derecho Penal y la dogmática jurídico-penal constituyen un sistema teórico gobernado solo por los principios de la lógica formal y exentos de valoración alguna. Estas ventajas serán analizadas más adelante.

La idea de este trabajo, por otra parte, permite rendir homenaje a dos grandes estudiosos argentinos en el ámbito del Derecho, como lo fueron los profesores Jorge A. Bacqué y Carlos S. Nino. A este fin, las líneas que siguen toman su inspiración de un trabajo que estos autores hicieron⁴ hace casi cincuenta años, concerniente a la relación entre las diferentes figuras penales de lesiones existentes en el Código Penal argentino. En ese trabajo se analizaba una supuesta laguna de punibilidad. En tanto, en este, se reflexionará en relación con la disputa de varios tipos penales por un mismo “espacio típico”.

³ Nino, C. S., *La validez del derecho* 4ª reimp. Astrea, Buenos Aires, 2012, Cap. III y V; Nino, C. S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación* 2ª ed. act. y ampliada 2ª reimp. Astrea, Buenos Aires, 2007.

⁴ Bacqué, J. A.-Nino, C. S., “Lesiones y retórica. El problema de la ciencia del Derecho y la ideología jurídica a propósito de las lesiones simultáneamente calificadas y atenuadas”, en *Revista La Ley*, t. 126, Buenos Aires, 1967, pp. 966 y ss. Puede consultarse el trabajo en Nino, C. S., *Los Escritos de Carlos S. Nino* Vol. 3: *Fundamentos de Derecho Penal*, Maurino, G. (ed.) Gedisa, Buenos Aires, 2008, pp. 288-303.

II. ¿POR QUÉ ES NECESARIA UNA VALORACIÓN MORAL EN DERECHO PENAL? UN ANÁLISIS DE LAS INTERRELACIONES DE LOS DELITOS DE PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD, SECUESTRO, SUSTRACCIÓN DE MENORES DE DIEZ AÑOS Y RAPTO EN EL DERECHO ARGENTINO

Afirmar “el Derecho Penal no realiza una valoración moral”, sería lo mismo que decir “el Derecho Penal es manifiestamente insuficiente e inútil en su tarea de determinar cuándo un sujeto es (o no) responsable penalmente”. Seguidamente se tratará de justificar dicha afirmación tomando como ejemplo las figuras penales de privación ilegal de la libertad, secuestro, sustracción de menores de diez años y rapto, como están legisladas en el Código Penal argentino.

En primer lugar, debe decirse que todos estos delitos son (a) infracciones dolosas que se consuman (b) en la medida en que se produzca el estado de cosas que tales figuras describen, esto es, la correspondiente privación de libertad de la víctima, que por otro lado es la lesión del derecho (c) que se sanciona en estos casos. Cada una de esas figuras a su vez admite (d) la tentativa y en su modalidad básica pueden ser cometidas (e) por cualquier persona. Hasta aquí no habría ningún problema⁵. Este, sin embargo, se presenta cuando se intentan precisar los límites fronterizos entre tales figuras, es decir, cuando se pretenden desentrañar los pliegues y la extensión de cada uno de estos delitos en su interrelación.

1. *Relación entre la privación ilegal de la libertad (Código Penal, artículo 141) y el secuestro (Código Penal, artículo 142 bis)*

El artículo 142 bis tipifica el delito de *secuestro*, que consiste en sustraer, retener u ocultar a una persona con la finalidad de obligar a que esta, o un tercero, hiciera, no hiciera o tolerare algo en contra de su voluntad. El artículo 142 bis –cuyo texto obedece a la Ley 25.742⁶– fue incorporado al Código Penal argentino por Ley 20.642⁷, y presenta ciertas dificultades de delimitación respecto de la figura de *privación ilegal de la libertad* (Código Penal, artículo 141), en virtud de que toda privación ilegal de la libertad (cfr. art. 141) es susceptible de ser analizada como una sustracción, retención u ocultación de una persona (cfr. art. 142 bis).

Ante tal situación, una posible respuesta sería afirmar que el artículo 142 bis redujo tácitamente la extensión del artículo 141, arribándose a dicha conclusión por intermedio del adagio “ley posterior deroga ley anterior”⁸. Así, el artículo 141 comprendería ahora

⁵ Véase *infra* IV. Anexo.

⁶ B. O.: 20/06/2003, con la modificación de la Ley 26.394 (B. O.: 29/08/2008).

⁷ B. O.: 29/01/1974.

⁸ “Ley posterior deroga ley anterior” es una regla dogmática, consecuencia del dogma de que “el ordenamiento jurídico no tiene contradicciones”, y permite solucionar el caso en el que “dos normas jurídicas se contradicen... [siendo una de ellas] posterior a la otra”; en tal caso “debe darse preferencia a la posterior sobre la anterior (*lex posterior*)”, Nino, C. S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. UNAM, México,

solo la afectación a la libertad de movimientos de una persona (p. ej., colocarle a alguien unas esposas, de modo que no pueda mover libremente las manos).

Sin embargo, se podría contraargumentar, a partir de postulados lógicos similares a los que permitieron la utilización del adagio referido, que si el legislador hubiera querido derogar el artículo 141 o reducirlo tan drásticamente, lo hubiera hecho. Y una prueba de que no se habría efectuado tal derogación o reducción estaría dada porque mediante la misma Ley 20.642 se aumentó la pena del artículo 141⁹. Es decir, la “intención del legislador”¹⁰ (obsérvese cómo se apela aquí al argumento lógico de la “racionalidad del legislador”, o incluso, la “racionalidad del orden jurídico”¹¹) habría sido así reforzar la vigencia del artículo 141 y de ningún modo limitar su aplicación. De esta manera, este razonamiento terminaría concluyendo que el artículo 142 bis solo abarcaría aquellas privaciones de la libertad en las que el autor persiguiera dos finalidades: la privación de la libertad misma, junto a otra, caracterizada por (a) la intención de que un tercero haga, no haga o tolere algo contra su voluntad (este último supuesto no está previsto en el artículo 141, que solo contempla como víctima al privado de la libertad), como asimismo (b) aquellos casos en los que el autor tiene como fin que la víctima misma de la privación padezca o deba soportar otra situación más allá de la privación misma. De lo contrario, podría decirse, el artículo 142 bis incurriría en una redundancia al hablar de sustracción, retención u ocultación de la víctima para obligarla a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad. Nuevamente aparece entonces la “racionalidad del legislador” como respuesta.

Según se observa, no hay modo de resolver la disputa planteada a partir de postulados meramente lógicos y neutralmente valorativos: el artículo 142 bis contaría así a su favor con el argumento de ser “ley posterior” respecto del artículo 141; en tanto el artículo 141 tendría como ventaja el apelar a la “racionalidad del legislador”, para limitar así los alcances del artículo 142 bis.

1989, p. 92. Véase también Nino, C. S., *Introducción al análisis del derecho* 16ª ed. ampliada y revisada 16ª reimpr. Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 275: El adagio “*Lex posterior* estipula que la norma posterior prevalece sobre la promulgada con anterioridad”.

⁹ Hasta tres años de prisión o reclusión.

¹⁰ Incluso se podría decir, apelando a la idea de la “intención del legislador”, que el artículo 142 bis se sancionó en un contexto político e histórico motivado por el fenómeno de “la subversión”, y que en esa línea, su finalidad estuvo encaminada a neutralizar el accionar de las organizaciones juveniles armadas durante la tercera presidencia de Juan D. Perón. Véase la referencia a los motivos de la sanción de la Ley 20.642 en Franco, M., *Un enemigo para la Nación. Orden interno, violencia y “subversión”, 1973-1976*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2012, pp. 65-66. Este argumento a su vez podría ser catalogado de muy débil, toda vez que la denominada “intención del legislador”, alguien diría, no puede ser aprehendida sin la apelación abierta a una teoría política determinada. Es decir, la “intención del legislador” entendida como sinónimo de la intención “real” o “concreta” de cada uno de los legisladores que votaron la ley en cuestión no puede ser descubierta sin “elaborar o adoptar una concepción determinada de la intención constitucional, es decir, sin tomar... decisiones de moral política”, Dworkin, R., “El foro de los principios”, en *Una cuestión de principios* trad. de V. Boschirolí. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2012, p. 81. Acerca de la “intención del legislador” como recurso de la dogmática, *infra* notas N° 12 y 24.

¹¹ Nino, C. S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. UNAM, México, 1989, p. 85 y ss.

Los defensores de ambas posturas cuentan entonces a su favor con argumentos no explícitamente valorativos. Por tanto, la elección de una respuesta en favor de una u otra tesis –tomando los argumentos referidos– sería arbitraria, porque a igualdad de argumentos idénticos cualquier elección de uno sobre otro implicaría una arbitrariedad.

2. *Relación entre el secuestro (Código Penal, artículo 142 bis) y el rapto (Código Penal, artículo 130)*

Más allá de las dificultades de interpretación e interrelación entre los artículos 141 y 142 bis, también se presentan problemas similares entre el artículo 142 bis en comparación con las disposiciones de los artículos 130 y 146 del Código Penal. Véase a continuación el primer caso.

Por medio del artículo 130 (primer párrafo), la ley argentina reprime el delito de *rapto*, sancionando la conducta de quien sustrae o retiene a la víctima (que por otra parte son las mismas conductas que en el artículo 142 bis) mediante la intimidación, la fuerza o el engaño (medios no excluidos de la letra del artículo 142 bis), con una finalidad determinada: menoscabar la integridad sexual del sujeto pasivo. ¿Cómo resolver entonces cuál es el artículo que debe aplicarse cuando p. ej. alguien secuestra a una persona para violarla o para abusar sexualmente de ella?

Una primera respuesta podría ser la siguiente: debe aplicarse el artículo 142 bis porque es “ley posterior”¹² respecto del artículo 130¹³. Alguien podría suponer entonces que la primera de estas figuras derogaría entonces al artículo 130 por dicha razón. Incluso contaría a favor de esta postura, que la necesidad de prevenir más enfáticamente ese tipo de secuestros motivados por razones sexuales, exige o abona la tesis de la aplicación del artículo 142 bis, que cuenta con una penalidad sensiblemente mayor a la del artículo 130¹⁴. Como se ve, también habría aquí una referencia a la “racionalidad” del orden jurídico.

No obstante, un defensor del predominio de la figura de rapto, en estos casos, podría alegar en contra de la interpretación anterior, que por conducto del artículo 130 se pretende prevenir específicamente ataques a la libertad sexual¹⁵. Así entonces, el artículo 130 sería respecto del artículo 142 bis “ley especial (que) deroga ley general”¹⁶.

¹² Véase *supra* nota N° 9.

¹³ El artículo 130, vigente desde 1921, fue modificado por última vez por Ley 25.087 (B. O.: 14/05/1999), de donde proviene su texto actual. La modificación consistió en derogar la expresión “con miras deshonestas”, por el texto actualmente vigente: “con la intención de menoscabar la integridad sexual”, como asimismo contemplar ahora como posible víctima de este delito también al hombre.

¹⁴ Artículo 142 bis, primer párrafo: pena de prisión o reclusión de cinco a quince años.

Artículo 130, primer párrafo: pena de prisión de uno a cuatro años.

¹⁵ Como se observa, la misma “racionalidad de orden jurídico” es funcional a dos interpretaciones opuestas. Respecto de la falacia denominada *quaternio terminorum* véase *infra* nota N° 27.

¹⁶ Esta solución también es una derivación del dogma de no contradicción del orden jurídico y permite dar una solución a los casos en los que “dos normas jurídicas se contradicen y una tiene un ámbito de aplicabilidad más limitado que el de la otra”,... [debiendo en principio tener] preferencia... [la norma] más

Así, esta última disposición prevendría solo ataques a la libertad física; en tanto la norma del artículo 130 buscaría evitar también ataques a la libertad física, aunque motivados por fines sexuales, es decir, contemplaría impedir agresiones sexuales para las cuales la privación de la libertad sería un medio necesario. A tal punto esta interpretación sería la correcta, sostendría un defensor de esta postura, que no se discute que cuando el secuestro es realizado con fines de extorsión económica, el artículo 142 bis se ve desplazado¹⁷ por razones de especialidad por el artículo 170, que tipifica el delito de secuestro extorsivo.

Nuevamente se observa así la insuficiencia del método dogmático tradicional para resolver esta delicada cuestión. Sin acudir explícitamente a valoraciones morales no puede resolverse la disyuntiva planteada, toda vez que ambas posiciones contarían a su favor con razones lógicas y neutralmente valorativas válidas por igual: el artículo 142 bis sería así “ley posterior” respecto del artículo 130 y consecuencia de la “racionalidad del orden jurídico”; en tanto, el artículo 130 sería “ley especial” respecto del artículo 142 bis, además de manifestación de la “racionalidad del orden jurídico”.

Como se sostuvo al reflexionar pertinente a la relación entre el secuestro y la privación ilegal de la libertad, ambas tesis cuentan con “igualdad de argumentos iguales”, que por eso mismo impiden válidamente, desde un punto de vista racional, que la “balanza” se incline para uno u otro lado.

3. *Relación entre el secuestro (Código Penal, artículo 142 bis), el rapto (Código Penal, artículo 130) y la sustracción de menores de diez años (Código Penal, artículo 146)*

Los problemas de aplicación no terminan allí. ¿Cómo se debe resolver el caso de un secuestro de un menor de diez años con fines sexuales? ¿Se debe aplicar en este caso la figura de rapto?, ¿el delito de secuestro?, o ¿la figura de sustracción de menores?

Un argumento podría decir que debe aplicarse el artículo 130 por razones de “ley especial”. Así se haría uso de los mismos argumentos que se citaran *supra* (II. 2) para abonar la aplicación del delito de rapto por sobre la figura de secuestro.

Sin embargo, también podría contraargumentarse que ello sería un contrasentido porque el rapto de un menor de trece años tiene una pena de prisión de dos a seis años, y el artículo 146¹⁸, en cambio, sanciona con prisión o reclusión de cinco a quince años, *la sustracción de todo menor de diez años del poder de sus padres*. Así, podría afirmarse que del mismo modo que no se discutiría que, p. ej., el artículo 146 es “ley especial” respecto

específica (*lex specialis*)”, Nino, C. S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. UNAM, México, 1989, p. 92. Véase también Nino, C. S., *Introducción al análisis del derecho*. 16ª ed. ampliada y revisada 16ª reimp. Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 275: El adagio “*Lex specialis* prescribe que se dé preferencia a la norma específica que está en conflicto con una cuyo campo de referencia sea más general”.

¹⁷ Donna, E. A., *Derecho Penal Parte Especial*, t. II-B. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, pp. 238-239; Creus, C., *Derecho Penal Parte Especial*, t. I 6ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 458.

¹⁸ Vigente desde 1921 fue modificado por Ley 24.410 (B. O.: 02/01/1995). La pena anterior era de tres a diez años de prisión o reclusión, que, como se ve, también era superior a la sanción estipulada para el delito de rapto.

del artículo 141¹⁹, tampoco debería discutirse ello con relación al artículo 130, cuando la sustracción recae en víctimas menores de diez años. Dicho de otro modo: el artículo 130 (último párrafo)²⁰ quedaría vigente en los casos de sustracciones de menores de trece años pero mayores de diez años²¹. Así ambas disposiciones se disputarían ser “ley especial” respecto de la otra.

No obstante lo afirmado, a su vez alguien podría decir que el artículo 142 bis, a raíz de ser una “ley posterior”, se impondría por sobre el artículo 146, si se repara además que la primera de estas disposiciones agrava la pena cuando el secuestro tiene como víctima a menores de dieciocho años²².

Este último argumento, por otro lado, podría ser utilizado por quienes aleguen que el artículo 130 se impone frente al artículo 146, aunque la fuerza persuasiva del mismo no tendría demasiada sustancia, porque las mismas razones servirían para negar la aplicación del artículo 130 ante el artículo 142 bis.

En tanto, un defensor del artículo 146 podría decir que la agravante referida del artículo 142 bis comprendería solo los casos en que la víctima fuere un menor de dieciocho años pero mayor de diez, y así salvaría la vigencia del primero de estos artículos. Más aún, podría agregar que ello sería así toda vez que el artículo 146 no ha sido modificado (salvo en lo atinente al monto de la pena) ni derogado, pese a que con posterioridad a su vigencia fue incorporado al Código Penal el artículo 142 bis, que, además, fue modificado en dos oportunidades. El último razonamiento a su vez serviría para dejar indemne al artículo 146 de la situación que se intenta prevenir con el artículo 130 (norma modificada en 1999).

En otras palabras, el artículo 142 bis y el artículo 130 tendrían a su favor, respecto del artículo 146, las circunstancias de ser “ley posterior”. Pero a su vez, el artículo 146 podría alegar que es “ley especial” respecto del artículo 142 bis y respecto del artículo 130. Obsérvese, sin embargo, cómo el artículo 130 también podría apelar en su favor el hecho de ser “ley especial” por sobre el artículo 146, al tiempo que el artículo 142 bis utiliza argumentos similares a los empleados en su defensa ante el artículo 141.

En síntesis, todas las tesis cuentan con argumentos igualmente robustos y de la misma “naturaleza”, esto es, son justificaciones lógicas, que proclaman ser neutralmente valorativas. De esta manera no hay ponderación racional alguna que permita fundamentar por qué se escogería una disposición por sobre la(s) otra(s) en los casos recordados de superposición.

¹⁹ Por referirse el artículo 146 a algunas personas específicas (los menores de diez años), a diferencia del artículo 141 que no hace distinciones respecto de los posibles sujetos pasivos de la figura. A tal fin véase Soler, S., *Derecho Penal Argentino* t IV 2ª ed. Parte Especial. TEA, Buenos Aires, 1963, p. 60.

²⁰ Que agrava el delito de rapto si la víctima fuere menor de trece años.

²¹ Más allá del notorio inconveniente que se presenta ante las sanciones vigentes para ambos casos. Así, la sustracción de un menor de diez años, afectándose solo la libertad personal, recibiría como sanción una pena de entre cinco a quince años (artículo 146); en tanto, una sustracción de un menor de diez, once y doce años, con fines sexuales, recibiría como castigo una pena de entre dos a seis años de prisión (artículo 130, último párrafo), pese a que la afectación a la libertad personal es la misma.

²² Artículo 142 bis, segundo párrafo 1: la pena se eleva de diez a veinticinco años de prisión.

4. *La apelación a valoraciones morales como medios para obtener una respuesta legítima a los problemas planteados*

Como se observa a partir de los ejemplos de los artículos citados, es una falacia el argumento utilizado por la dogmática jurídico-penal tradicional, en los países de tradición continental europea, que afirma que aquella no efectúa valoraciones en su tarea de interpretación y sistematización de la ley penal, limitándose solamente a explicitar o a dotar de visibilidad el derecho vigente²³. O aquella otra afirmación, muy difundida entre los penalistas formados en la tradición conceptualista alemana, de que la dogmática jurídico-penal genera seguridad jurídica²⁴ y racionalidad en las decisiones de los jueces,

²³ Uno de los autores que ha analizado y escudriñado tales falacias fue Carlos S. Nino. A tal fin véase su obra específica destinada al análisis del método y la función de la dogmática jurídica (con especial referencia a la dogmática penal, como reza el subtítulo de su libro): Nino, C. S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. UNAM, México, 1989. En esta obra Nino expresa que “se... acepta ‘dogmáticamente’ [una norma] si se la sostiene u obedece sin una previa confrontación con criterios de [justicia, conveniencia u oportunidad]” (p. 18). Así “si analizamos las teorías que ocupan un lugar central en la dogmática, advertiremos que, a pesar de su presentación aparente como descripciones de algún aspecto de la realidad, las mismas tienen una serie de consecuencias normativas”; las “construcciones normativas se presentan bajo un ropaje descriptivo”. La dogmática indaga por la “naturaleza de diversos institutos jurídicos” (p. 77). “Esta tarea se presenta como una descripción de hechos... muy especiales... de los cuales es posible deducir consecuencias normativas, sin presuponer ninguna premisa normativa. Esta concepción está marcadamente impresionada por el pensamiento iusnaturalista metafísico. En especial por la idea que de una proposición fáctica, es posible inferir pautas normativas. El esquema básico de una teoría dogmática está constituido, pues, por una descripción acerca de una presunta realidad. Las preguntas que debe responder una teoría jurídica son de este tipo: ¿cuál es la ‘naturaleza’ del contrato?, ¿cuál es la esencia de la posesión?, ¿qué es ‘realmente’ un ‘bien jurídico’? Una vez que se cree haber respondido adecuadamente, no hay más que inferir el conjunto de principios normativos que están implicados en tal ‘esencia’ o ‘naturaleza’. El carácter normativo de la teoría se encubre detrás de una apariencia descriptiva” (p. 78); “los dogmáticos no perciben que la tarea que realizan es la de estipular un significado para un término, entendiéndola como una búsqueda de la verdadera ‘naturaleza’ o ‘esencia’ de un cierto instituto jurídico” (p. 81); según “la ideología [dogmática]... [el] jurista... no reformula... el derecho positivo, sino... [descubre] toda su perfección, oculta a los ojos pocos agudos” (p. 91). A su vez la atribución al orden jurídico de ciertas propiedades materiales y sobre todo formales no constatables fácticamente, es decir, aceptadas dogmáticamente, puede articularse a partir de la ficción del “legislador racional” (p. 85), similar a un Dios teológico (p. 86), que permite una amplísima reformulación encubierta del orden jurídico, ocultándose “en general no deliberadamente, esta función con la pretensión de deducir propiedades del orden jurídico de supuestas cualidades del legislador que lo sancionó” (p. 92). Véanse además pp. 105-107 y Nino, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Astrea, Buenos Aires, 2006, pp. 64-68 y 72-81. En esta última obra se expresa: “la teoría [del delito] adolece de deficiencias metodológicas muy graves, que provienen de la falta de reconocimiento del carácter normativo de sus principios básicos y de la asunción de presupuestos conceptualistas –comunes... a toda la dogmática jurídica continental europea– según los cuales es posible determinar con certeza soluciones adecuadas para cualquier caso posible mediante el mero análisis y la combinación de conceptos, sin acudir a consideraciones valorativas” (p. 29). En tanto, y a diferencia de lo expuesto, Pablo Navarro, p. ej., sostiene la aplicación neutral de los conceptos jurídicos para los denominados “casos claros”. Al respecto véase Navarro, P., “La aplicación neutral de conceptos valorativos”, en *Análisis e diritto*, 2007, pp. 40, 48 y 52-55.

²⁴ Véase lo que sobre el concepto de delito, entendido en un sentido “técnico”, sostenía Soler, S., *Derecho Penal Argentino*, t. I 3ª ed. Parte General. TEA, Buenos Aires, 1963, pp. 221-223. De igual modo, repárese en la siguiente frase de Núñez acerca de la “teoría del delito”: “la doctrina ya ha pasado... a una [etapa] conceptual, la cual mediante la diferenciación y estudio de los distintos elementos que *la integran*,

al elaborar un edificio teórico exento de valoraciones morales. Como se desprende de la posible relación que guardan entre sí las disposiciones citadas, no se puede dar una respuesta o elegir una de ellas (o varias) en detrimento de las otras (salvo que tal respuesta o elección sea arbitraria) sin una *valoración* previa. Como dice Nino

un orden jurídico, como el derecho penal de un cierto Estado, no constituye un sistema autosuficiente de soluciones para cualquier caso concebible. La vaguedad y ambigüedad propias del lenguaje natural en que se formulan las normas del sistema, la posibilidad de que tales normas presenten lagunas y contradicciones lógicas y otras clases de indeterminaciones que pueden afectar al sistema, dan lugar a que en muchas ocasiones los jueces y otros órganos que tienen que decidir sobre casos particulares, no puedan justificar sus decisiones sobre la base exclusiva de las normas jurídicas positivas en conjunción con las circunstancias del caso, sino que deban recurrir a premisas adicionales... [En ese contexto se] ha mostrado la ineficacia... de encontrar procedimientos valorativamente asépticos y controlables mediante criterios “objetivos” para justificar decisiones judiciales cuando el derecho es indeterminado; los métodos de interpretación, técnicas de razonamiento jurídico, concepciones acerca de la “naturaleza” del derecho que se han propuesto con este objeto se apoyan en presupuestos lógicos o epistemológicamente espurios y, en general, suponen premisas valorativas encubiertas²⁵.

Esa valoración es disfrazada generalmente por los dogmáticos penales bajo un manto de supuesta aplicación aséptica del Derecho. Según Nino, ello se explica en la circunstancia de que la dogmática jurídico-penal es producto de la concreción legislativa del racionalismo iusnaturalista y heredera del conceptualismo jurídico²⁶, lo que

ha permitido la enunciación de los sistemas legales positivos”: Núñez, R. C., *Derecho Penal Argentino*, t. I. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1959, p. 60. En tanto, Bacigalupo, E., *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed. 3ª reimp. Hammurabi, Buenos Aires, 2012, p. 203 ha afirmado: “El sistema de la teoría del delito es un instrumento conceptual que tiene la finalidad de permitir una aplicación *racional* a un caso”. Sostiene, por el contrario, que la dogmática jurídica lejos está de generar certeza y previsibilidad: Nino, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Astrea, Buenos Aires, 2006, pp. 82-84. En este sentido, y tomando como referencia aquella frase atribuida a Napoleón Bonaparte, podríamos decir que “hay tantas teorías que nadie está seguro de no ser colgado”. A tal fin piénsese p. ej. en cómo las diferentes teorías dogmáticas regulan la “posición de garante” en los delitos de omisión impropia. Al respecto véase Molina, G. J., *Delitos de omisión impropia*. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, pp. 71-74 y la *Tercera Parte* de la obra citada.

²⁵ Nino, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Astrea, Buenos Aires, 2006, pp. 1-2.

²⁶ Nino, C. S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. UNAM, México, 1989, pp. 21-24, 26 y 31-32. Respecto del “conceptualismo jurídico”, Nino recuerda que esta escuela “surgida en Alemania... –de fundamental trascendencia para el derecho penal– presenta las siguientes características fundamentales: a) actitud de adhesión formal al derecho legislado que se lo supone completo, preciso y coherente; b) adopción de la tesis de la escuela histórica que consiste en considerar al espíritu del pueblo... como la fuente por excelencia del derecho, suponiendo que ese espíritu está reflejado fundamentalmente en las opiniones de los juristas; c) las ideas jurídicas de los científicos del derecho se encarnan en los ‘conceptos jurídicos fundamentales’;

permite comprender por qué “en la labor dogmática está implícita una adhesión formal al sistema legislado que se expresa mediante la recomendación de que el derecho sea aplicado y obedecido tal como es”²⁷. Esta aceptación del Derecho existente no impide, sin embargo, que los juristas

“por vía de diversos procedimientos, realicen una verdadera reformulación de aquel. Una función latente, extraordinariamente relevante de la dogmática, consiste en adecuar las normas jurídicas a determinadas pautas que establecen soluciones valiosas. Esta función se ejerce no solo en los casos de lagunas normativas, de contradicciones entre normas o de indeterminación semántica de las mismas, sino, incluso, en supuestos en los cuales hay una solución definida y precisa, pero que contradice postulados valorativos aceptados... Esta función pareciera incompatible con la aceptación dogmática del derecho positivo. En verdad lo es, y eso motiva que los juristas, cuando desarrollan tal función, recurran a diversos procedimientos retóricos para ocultar el carácter original de su opinión con respecto al derecho positivo y para hacerla aparecer como derivada de algún principio o de alguna norma del orden vigente”²⁸ (en el Cap. III recuerda varios casos encubiertos de reformulación del derecho positivo por parte de la dogmática penal; en tanto que en el Cap. IV reflexiona sobre el concepto de “bien jurídico” que, como “concepto teórico”, no puede ser entendido aisladamente de una *teoría* que lo define implícitamente).

tales conceptos son considerados como realidades: Ihering habla de cuerpos jurídicos y postula que sean estudiados con el método de las ciencias naturales; *d*) hay una relación causal entre los conceptos jurídicos, las normas legisladas y las consecuencias sociales de las mismas; *e*) mediante la formulación, clasificación y combinación de los conceptos jurídicos... es posible formular nuevas reglas, contenidas implícitamente en el derecho legislado; *f*) la tarea del juez es puramente cognoscitiva. No debe hacer evaluaciones en base a las consecuencias prácticas de su resolución. Debe inferir mecánicamente aquella de las reglas obtenidas mediante la construcción de conceptos”, Nino, C. S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. UNAM, México, 1989, p. 26 nota Nº 10. En tanto en pp. 26-27 nota Nº 11 recuerda a la “jurisprudencia de intereses”, como escuela jurídica que explicitó los vicios fundamentales de la “jurisprudencia de conceptos”: “en especial, puso de manifiesto que los juristas que adhieren a los postulados de esa escuela realizan una efectiva reformulación del derecho legislado, aunque encubren esa actividad mediante presuntas operaciones lógicas a partir de tal derecho, que, en realidad, padecen de falacias tales como la de *quaternio terminorum* o equivocación. De este modo, por ejemplo, se aprovecha un término ambiguo, usándolo en ambos de sus significados sucesivamente o se utiliza una clasificación para establecer nuevas reglas jurídicas que no fueron previstas cuando la clasificación fue hecha o se derivan normas jurídicas originales de conceptos creados para explicar las existentes... los representantes de esta escuela reconocen que este método de la corriente conceptualista tiene la ventaja de asegurar la confianza del juez en la certeza y objetividad de sus fallos, pero a costa de que, cuando debe adoptar una decisión lo haga por otras razones que la consideración de las consecuencias prácticas o, aun cuando estas sean tenidas en cuenta, que no sean evaluadas manifiestamente de tal manera de permitir el control y el juicio crítico”. Véase también Nino, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Astrea, Buenos Aires, 2006, pp. 68-72 y Rojas Pellerano, H. F., “Métodos de interpretación”, en Rojas Pellerano, H. F. (coord.), *Introducción al Derecho*. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1977, pp. 382-383.

²⁷ Nino, C. S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. UNAM, México, 1989, p. 38.

²⁸ Nino, C. S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. UNAM, México, 1989, pp. 32-33. Recuérdese lo expuesto en nota Nº 24. Véanse además especialmente pp. 105-107.

La presunta neutralidad valorativa de los conceptos jurídicos que maneja la dogmática penal se evidencia cuando los autores afirman, p. ej., que “el dolo *está* en el tipo”²⁹ y que ello es así, en Argentina, porque el art. 42 del Código Penal –que regula la tentativa–, utiliza la expresión “delito” en el sentido de “tipo objetivo” y, en ese marco, debe leerse la frase: “el que con *el fin* de cometer un delito determinado comienza su ejecución...”³⁰. O, por el contrario, que el dolo se encuentra en la culpabilidad porque el art. 34 inc. 1º del Código Penal establece que no son punibles quienes “no hayan podido... por *error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad* del acto...”³¹. El dolo, por el contrario, “no está en ningún lado”³², en el sentido de que no es un mineral, como el oro que está en las minas, o no es la resina de un árbol que queda al descubierto si usamos un hacha contra él. El dolo es un “concepto teórico”³³ que solo se entiende en el marco de una teoría determinada y que se justifica en la medida en que brinde soluciones satisfactorias en el contexto de esa teoría.

Como se ejemplifica con el somero análisis de los delitos citados en este trabajo, la mera logicidad o asepsia valorativa es absolutamente inútil para resolver los problemas originados en la extensión, interpretación³⁴ o dilucidación de los tipos penales. Así, y

²⁹ Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A., *Manual de Derecho Penal Parte General* 2ª ed. 5ª reimp. Ediar, Buenos Aires, 2010, p. 403 y ss.; Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A., *Derecho Penal Parte General* 2ª ed. Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 515 y ss.; Zaffaroni, E. R., *Tratado de Derecho Penal Parte General* t III. Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 295 y ss.; Donna, E. A., *Teoría del delito y de la pena* t II. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 87 y ss.; Bacigalupo, E., *Derecho Penal Parte General* 2ª ed. 3ª reimp. Hammurabi, Buenos Aires, 2012, p. 314 y ss.; Welzel, H., *Derecho Penal Parte General* trad. de C. Fontán Balestra. Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1956, p. 67 y ss.; Sancinetti, M. A., *Casos de Derecho Penal Parte General* t II 3ª ed. reelaborada y ampliada. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 93 y ss.; Roxin, C., *Derecho Penal Parte General* t I trad. de la 2ª ed. alemana y notas por D. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal. Civitas, Madrid, 1997, p. 412 y ss.; Jakobs, G., *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* 2ª ed. corregida trad. de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 308 y ss.

³⁰ Al respecto véase Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A., *Manual de Derecho Penal Parte General* 2ª ed. 5ª reimp. Ediar, Buenos Aires, 2010, p. 403; Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A., *Derecho Penal Parte General* 2ª ed. Ediar, Bs. As., 2002, p. 519; Zaffaroni, E. R., *Tratado de Derecho Penal Parte General* t III. Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 297; Garibaldi, G. E. L. y Pitlevnik, L. G., *Error y delito*. Hammurabi, Buenos Aires, 1995, pp. 101-103.

³¹ Véase Soler, S., *Derecho Penal Argentino* t II 3ª ed. Parte General. TEA, Buenos Aires, 1963, pp. 103-108; Núñez, R. C., *Manual de Derecho Penal Parte General* 2ª ed. Lerner, Buenos Aires, 1975, pp. 218-226; Núñez, R. C., *Derecho Penal Argentino* t II. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960, pp. 47-48 y 54-55.

³² Véase p. ej. Nino, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Astrea, Buenos Aires, 2006, pp. 91-95.

³³ Sobre los “conceptos teóricos”, véase Nino, C. S., *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. UNAM, México, 1989, pp. 65-69; Garzón Valdés, E., Spolansky, N. E., Nino, C. S. y Urquijo, M. E., *Lenguaje y acción humana*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, pp. 88-89.

³⁴ Ello sin perjuicio de lo afirmado por Dworkin, en el sentido de que toda interpretación encierra en sí misma una valoración por parte de quien interpreta. Así dice este autor, en Dworkin, R., “El foro de los principios”, en *Una cuestión de principios* trad. de V. Boschioli. Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2012, al referirse a las diferentes teorías de la interpretación constitucional, que “los jueces no pueden determinar cuál fue la intención pertinente de los redactores, ni qué proceso político es verdaderamente imparcial o democrático, a menos que adopten decisiones políticas sustanciales... La intención y el proceso son ideas

a menos que se abracen postulados como los que sostienen que el Derecho se funda en la fuerza o en la decisión de quien tiene el poder para decidir³⁵, necesariamente debe acudirse a principios morales³⁶ (muchas veces no explicitados en la práctica) a los fines de justificar cuál es la solución aplicable entre todas las posibles. Es decir, y amén de que de lo contrario se estaría incurriendo en la falacia naturalista denunciada por

engañosas porque cubren esas decisiones sustanciales con un manto de piedad procesal y simulan que no se las ha adoptado” (pp. 54-55). Véanse también pp. 78-79 y 100. En tanto, en Dworkin, R., “En qué se parece el derecho a la literatura”, en *Una cuestión de principios* trad. de V. Boschioli. Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2012, expresa que “las proposiciones del derecho no son meras descripciones de la historia jurídica... Son interpretaciones de la historia jurídica, lo cual combina elementos de la descripción y de la evaluación” (p. 192). “Una interpretación de cualquier cuerpo de leyes o división del derecho... tiene que mostrar el valor de ese cuerpo de leyes en términos políticos y demostrar cuál es el mejor principio o la mejor política que puede responder” (p. 208); “la elección de cuál es el apropiado entre varios sentidos distintos de la intención del hablante o del legislador no puede remitirse a la intención de nadie, sino que debe decidirse... como asunto de teoría política” (p. 209); “la elección... se la debe hacer decidiendo que una descripción es más apropiada que otra en virtud de una mejor teoría de la democracia representativa o de algún otro fundamento abiertamente político” (p. 212). Y en p. 214 expresa: “Si lo que planteo sobre el papel de la política en la interpretación judicial es válido, podemos esperar encontrar opiniones claramente liberales, o radicales, o conservadoras no solo acerca de cómo deberían ser la Constitución y las leyes de nuestra nación, sino también como son. Y esto es precisamente lo que encontramos. La interpretación de la cláusula sobre la igualdad de protección de la Constitución de los Estados Unidos ofrece ejemplos muy ilustrativos. No puede haber una interpretación útil de lo que esa cláusula significa que sea independiente de alguna teoría sobre qué es la igualdad política... Los juristas conservadores han argumentado... en favor de interpretar la cláusula en el estilo de interpretación de las intenciones del autor, y acusaron a otros, que empleaban un estilo distinto con resultados más igualitarios, de inventar el derecho en lugar de interpretarlo. Pero eran bravuconadas con las que intentaban ocultar el papel de sus propias convicciones políticas en su elección del estilo de interpretación... La dependencia de la teoría política no es una corrupción de la interpretación sino parte de lo que ella significa”. Y en, Dworkin, R., “De la interpretación y la objetividad”, en *Una cuestión de principios* trad. de V. Boschioli. Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2012, reitera la idea de que “los planteos interpretativos son interpretativos y, por eso, dependen por completo de una teoría estética o política” (p. 218). Véase además *supra* nota N° 29.

³⁵ Véase Schmitt, C., *Teología política. Cuatro ensayos sobre la soberanía* trad. de F. J. Conde. Struhart & Cía. Bs. As., 2005. En esta obra el autor afirma que “el orden jurídico, como todo orden, descansa en una decisión, no en una norma” (p. 27); y que “el caso excepcional transparente de la manera más luminosa la esencia de la autoridad del Estado. Vemos que en tal caso la decisión se separa de la norma jurídica y si se nos permite la paradoja, la autoridad demuestra que para crear derecho no necesita tener derecho” (pp. 31-32). Y agrega: “en toda decisión jurídica concreta hay un margen de indiferencia hacia el contenido, porque la conclusión jurídica no se puede deducir completamente de sus premisas y porque el hecho de que la decisión sea necesaria es ya por sí solo, un factor determinante” (p. 50); “normativamente considerada la decisión nace de la nada. La fuerza jurídica de la decisión es harto distinta del resultado de su fundamentación. No se hace la imputación con el auxilio de una norma, sino viceversa: solo desde un centro de imputación se puede determinar qué es una norma y en qué consiste la regularidad normativa” (p. 52). En este marco, y como dice Gabriel Negretto, “el problema crucial del derecho, para Schmitt, no es la validez de un sistema jurídico sino su eficacia en una situación concreta... El derecho, en otras palabras, debe ser obedecido no por su contenido racional sino por haber sido sancionado por el soberano para establecer la paz y la seguridad”. Véase Negretto, G., “¿Qué es el decisionismo? Reflexiones en torno a la doctrina política en Carl Schmitt”, en *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, vol. 40 núm. 161, 1994, pp. 54-55.

³⁶ Nino, C. S., *La validez del derecho* 4ª reimp. Astrea, Buenos Aires, 2012, Cap. III y V; Nino, C. S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación* 2ª ed. act. y ampliada 2ª reimp. Astrea, Buenos Aires, 2007.

Hume, incluso por razones pragmáticas, debe darse “un paso hacia atrás” y apelar a lo que Carlos S. Nino denominaba “el último tribunal de apelación”³⁷, esto es, acudir a los principios morales que sustentan y fundamentan el ordenamiento jurídico, para, de ese modo, poder elegir cuál es la decisión correcta³⁸ en el caso planteado.

Esto último se encuentra, por otro lado, implícito en la tarea que realizan las distintas partes (p. ej., el fiscal y la defensa), al interior de un proceso judicial, cuando apelan a *razones* para sustentar sus diferentes posturas. Ello no tendría sentido si se identificara al Derecho con la fuerza o la mera decisión, porque aquí las partes solo deberían limitarse a decirle al tribunal que este hiciera lo que quisiese³⁹.

En este contexto, entonces, acudir a los principios morales permite evitar la comisión de la falacia naturalista denunciada por Hume (y muy comúnmente cometida por los penalistas), caracterizada por la extracción de postulados del mundo del “deber ser” (*v. gr.*, *debe* aplicarse la solución *x*), a partir de postulados del plano del “ser” (*v. gr.*, porque *así lo establece* el artículo *y*)⁴⁰. (Dicha falacia es, por otra parte, el talón de Aquiles del método dogmático de análisis).

Por otro lado, la adjudicación (o no) de responsabilidad penal a un sujeto, en el interior de un proceso penal, implica por parte de los jueces la afirmación de que ese agente debe (o no) responder penalmente por lo que ha hecho, y, consecuentemente, que debe aplicársele (o no) una correspondiente sanción penal. Dicha tarea implica adentrarse en un terreno en el que están en juego (a) la legitimidad del Estado tanto en general como en particular para castigar a los ciudadanos; (b) la extensión y el contenido reconocido a la libertad individual y a los derechos personales; (c) la constatación de que la eventual sanción a aplicar no implicará la instrumentalización del supuesto infractor en aras de intereses colectivos; (d) el reconocimiento de la condición de persona del agente sometido a proceso; (e) la necesidad de evaluar si la eventual pena a aplicarse no traería aparejada una violación al principio de igualdad ante la ley, etc. La respuesta a todas estas

³⁷ Nino, C. S., *La validez del derecho* 4ª reimp. Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 65.

³⁸ Véase Dworkin, R., “¿Puede ser que no haya una respuesta correcta para casos difíciles?”, en *Una cuestión de principios* trad. de V. Boschioli. Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2012, pp. 164-170, 172 y 186-187.

³⁹ Que es lo que se desprendería de la tesis sustentada por Navarro para los “casos marginales”. Al respecto véase Navarro, P., “La aplicación neutral de conceptos valorativos”, en *Análisis e diritto*, 2007, pp. 40, 50, 51 y 54-55.

⁴⁰ Un caso claro de falacia naturalista se presenta cuando se analiza, en el ámbito de la teoría del delito, la noción de antijuridicidad. Así, suele afirmarse (p. ej., Donna, E. A., *Teoría del delito y de la pena* t II. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 168; Núñez, R. C., *Manual de Derecho Penal Parte General* 2ª ed. Lerner, Buenos Aires, 1975, p. 188; Núñez, R. C., *Derecho Penal Argentino* t I. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 331; Fontán Balestra, C., *Derecho Penal. Introducción y Parte General* act. por. G. A. C. Ledesma. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 302.) que en Argentina la justificación por necesidad *debe ser* analizada conteniendo aquella elementos objetivos y subjetivos (*ergo*, postulado del “deber ser”), *porque el artículo 34 inciso 3º del Código Penal*, que regula el estado de necesidad justificante, *expresa* que existirá el mismo, cuando un sujeto cause un mal *por* evitar otro mayor e inminente al que ha sido extraño (*ergo*, postulado del “ser”: lo que [supuestamente] dice un artículo de una ley). Se utiliza la expresión “supuestamente” porque el término “por” puede ser leído desde un tercero observador, es decir, con prescindencia de la subjetividad del agente que realiza la acción (*ergo*, objetivamente).

cuestiones exige por parte de quienes actúan en el marco de un proceso penal una toma de postura abierta y sujeta al más amplio escrutinio público; *ergo*, exige una *valoración*, y esta no puede extraerse sin realizar un “salto” conceptual desde premisas puramente fácticas, como las relacionadas con la vigencia de un artículo legal en tanto *factum*. La *valoración* que se necesita no puede extraerse de la “naturaleza jurídica” o “esencia” de tal o cual delito, o desde lo que “realmente” quiso decir el legislador “racional”. Tales recursos solo son funcionales al oscurecimiento de los criterios utilizados por los jueces a la hora de dictar sus sentencias, lo que conspira contra el adecuado control de los actos de gobierno, inherente al sistema republicano. Dicho de otro modo,

los jueces, como todos nosotros, son moralmente responsables por sus actos y decisiones. El fundar sus decisiones en el sistema jurídico vigente en su ámbito no los exime de esa responsabilidad. La vigencia de unas normas jurídicas y no de otras constituye un hecho y los hechos no configuran razones suficientes u operativas [con cita a Raz] para justificar una acción o decisión. Un razonamiento práctico es necesariamente inconcluyente si solo se funda en premisas fácticas, sin contener también premisas que expresen deseos o intereses o invoquen valoraciones⁴¹.

Sostener, de este modo, que el Derecho en sí mismo, como su aplicación, es un mero hecho exento de valoración moral, implicaría –como se dijo– reducir la tarea de los tribunales a un simple decisionismo, que, al dificultar o prácticamente hacer imposible el escrutinio y el control de la decisión judicial, estaría solo sujeto a la arbitrariedad de quien decide. Esta tesis está perfectamente resumida en la conocida frase “la mitad de la biblioteca dice una cosa y la otra mitad, otra”, utilizada en un contexto diferente⁴² al que debe ser empleada, es decir, usada en un contexto normativo (puertas adentro de un proceso judicial), cuando por consiguiente tiene utilidad y sentido en el marco de un contexto descriptivo (p. ej., en la tarea de un sociólogo del derecho o de un historiador del derecho abocados a estudiar los criterios vigentes en determinados tribunales o entre la doctrina de un país). El decisionismo es, además, contraintuitivo a nuestras prácticas generales de “dar razones” para una decisión buscando la persuasión del interlocutor. Sería de casi nula utilidad dicha tarea si solo consistiera en citar los criterios vigentes en un tiempo y momento dado (exceptuándose los principios morales), porque bastaría que la otra parte o el juez citen a otro doctrinario, con su teoría también vigente en la materia, para fundar la decisión contraria (siempre existirán autores que sostengan *x* y

⁴¹ Nino, C. S., *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 3.

⁴² Acerca de los problemas de los denominados “juegos del lenguaje”, Wittgenstein, L., *Investigaciones filosóficas* trad. A. García Suárez y U. Moulines. Ediciones Altaya S. A., Barcelona, 1999, pp. 10 (prop. 7), 14 (prop. 21), 15 (prop. 23), 16 (prop. 24), 23 (prop. 43), 31 (prop. 65), 32 (prop. 68), 41 (prop. 96), 48 (prop. 136), entre otras. Véase también Nino, C. S., *La validez del derecho* 4ª reimp. Astrea, Buenos Aires, 2012, Cap. VIII y IX.

autores que sostengan y, tal como lo pone en evidencia la frase que alude a las dos partes de la biblioteca jurídica).

Jorge A. Bacqué y Carlos S. Nino⁴³, en un lenguaje crítico a la tarea dogmática, supieron expresar que:

el sistema, que en nuestra posición es el objetivo de la ciencia del Derecho, si es incoherente, permanecerá siéndolo, y la actividad de dar coherencia, que nos parece quizá la más importante del jurista, es para nosotros una actividad no científica, valorativa, ideológica, y la prueba evidente es que puede otorgarse coherencia a un sistema (este es el caso del ordenamiento legal argentino respecto de las lesiones) mediante interpretaciones apoyadas en “buenas razones”, no solo diferentes, pero aun contradictorias... Creemos que si bien... parecería un principio anexo a la ética del científico no falsear la objetividad de sus juicios, nos parece que el dogmático que renuncia a sostener su ideología en homenaje a la objetividad científica amputa una extremidad importante, quizá la más importante de su actividad, ya que es la que apunta al fondo de la cuestión jurídica. Si el jurista considera que es valioso que ciertas conductas sean promovidas en cierto sentido para asegurar determinados fines en circunstancias dadas, renunciar a manifestar en qué dirección deben ser promovidas, y a tratar de que lo sean realmente, en homenaje a la objetividad científica, equivaldría a violar un precepto ético de alto rango en homenaje a otro (el de no falsear la objetividad) cuya dignidad dudaríamos calificar de mayor.

En dicho trabajo, estos autores⁴⁴ supieron mostrar además cómo la actividad valorativa de los juristas aparece a menudo disfrazada de premisas teoréticas, motivada a veces por razones retóricas, porque parece con más peso el argumento que dice: “debe aplicarse *x* porque así lo dice el artículo *y*”, que aquel otro que diría: “debe aplicarse *x* porque creo yo que es más conveniente o justa dicha solución por la razón *z*”. En el marco de un proceso judicial “no se trata tanto de “demostrar”, sino de “convencer” con buenos argumentos”⁴⁵.

⁴³ Bacqué, J. A. - Nino, C. S., “Lesiones y retórica. El problema de la ciencia del Derecho y la ideología jurídica a propósito de las lesiones simultáneamente calificadas y atenuadas”, en Nino, C. S., *Los Escritos de Carlos S. Nino* Vol. 3: *Fundamentos de Derecho Penal*, Maurino, G. (ed.) Gedisa, Buenos Aires, 2008, pp. 288-303.

⁴⁴ Bacqué, J. A. - Nino, C. S., “Lesiones y retórica. El problema de la ciencia del Derecho y la ideología jurídica a propósito de las lesiones simultáneamente calificadas y atenuadas”, en Nino, C. S., *Los Escritos de Carlos S. Nino* Vol. 3: *Fundamentos de Derecho Penal*, Maurino, G. (ed.) Gedisa, Buenos Aires, 2008, pp. 301-302.

⁴⁵ Bacqué, J. A. - Nino, C. S., “Lesiones y retórica. El problema de la ciencia del Derecho y la ideología jurídica a propósito de las lesiones simultáneamente calificadas y atenuadas”, en Nino, C. S., *Los Escritos de Carlos S. Nino* Vol. 3: *Fundamentos de Derecho Penal*, Maurino, G. (ed.) Gedisa, Buenos Aires, 2008, p. 302.

III. CONCLUSIÓN

Como se observará, a partir de la interrelación posible en el Derecho argentino entre las figuras penales de privación ilegal de la libertad, secuestro, rapto y sustracción de menores de diez años, debe acudirse a una valoración moral explícita a los fines de determinar cuál es la solución a aplicarse en el caso concreto, esto es, cuál/es es/son el/los tipo/s penal/es aplicable/s. Esa necesidad de cobijo en los principios morales responde entonces a varias razones: 1) la circunstancia dada por la necesidad de evitar la comisión de la falacia denunciada por Hume; 2) la imposibilidad de encontrar soluciones racionales, no arbitrarias, debido a la existencia de argumentos “lógicos” o expresamente no valorativos que militan en favor de las distintas posturas en juego; 3) la necesidad de evitar que ciertos argumentos valorativos utilizados por los operadores no sean disfrazados de neutrales o “científicos”, conspirándose así contra el adecuado control de las razones que motivan una sentencia judicial, en tanto acto de gobierno (principio de contralor de los actos de gobierno, inherente al sistema republicano); 4) el hecho de que la condición de persona implica, entre otras cuestiones, la necesidad de respetar al otro como tal, lo que equivale a la prohibición de toda consecuencia gravosa para él aplicada de un modo ciego o mecánico; 5) la circunstancia de que nuestras intuiciones corrientes y la actuación de las partes en un juicio sufrirían un duro golpe o se revelarían como inútiles, si la decisión a adoptarse se limitare a un acto de fuerza por parte de la autoridad.

IV. ANEXO: EL TEXTO DE LAS DISPOSICIONES PENALES CITADAS

Privación ilegal de la libertad:

Artículo 141, Código Penal argentino: *“será reprimido con prisión o reclusión de seis meses a tres años, el que ilegalmente privare a otro de su libertad personal”*.

Secuestro:

Artículo 142 bis, Código Penal argentino: *“Se impondrá prisión o reclusión de cinco a quince años, al que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima o a un tercero, a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad. Si el autor lograre su propósito, el mínimo de la pena se elevará a ocho años.*

La pena será de diez a veinticinco años de prisión o reclusión:

1. *Si la víctima fuese una mujer embarazada; un menor de dieciocho años de edad; o un mayor de setenta años de edad.*

2. *Si el hecho se cometiere en la persona de un ascendiente; de un hermano; del cónyuge o conviviente; o de otro individuo a quien se deba respeto particular.*

3. *Si se causare a la víctima lesiones graves o gravísimas.*

4. Cuando la víctima sea una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma.

5. Cuando el agente sea funcionario o empleado público o pertenezca o haya pertenecido al momento de comisión del hecho a una fuerza armada, de seguridad u organismo de inteligencia del Estado.

6. Cuando participaren en el hecho tres o más personas.

La pena será de quince a veinticinco años de prisión o reclusión si del hecho resultara la muerte de la persona ofendida, como consecuencia no querida por el autor.

La pena será de prisión o reclusión perpetua si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida.

La pena del partícipe que, desvinculándose de los otros, se esforzare de modo que la víctima recupere la libertad, sin que tal resultado fuese la consecuencia del logro del propósito del autor, se reducirá de un tercio a la mitad”

Sustracción de menores de diez años:

Artículo 146, Código Penal argentino: “Será reprimido con reclusión o prisión de cinco a quince años, el que sustrajere a un menor de diez años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare”.

Rapto:

Artículo 130, Código Penal argentino: “Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que sustrajere o retuviere a una persona por medio de la fuerza, intimidación o fraude, con la intención de menoscabar su integridad sexual.

La pena será de seis meses a dos años, si se tratare de una persona menor de dieciséis años, con su consentimiento.

La pena será de dos a seis años si se sustrajere o retuviere mediante fuerza, intimidación o fraude a una persona menor de trece años, con el mismo fin”.

BIBLIOGRAFÍA

- BACQUÉ, J. A. - Nino, C. S. (2008), “Lesiones y retórica. El problema de la ciencia del Derecho y la ideología jurídica a propósito de las lesiones simultáneamente calificadas y atenuadas”, *Los Escritos de Carlos S. Nino* Vol. 3: *Fundamentos de Derecho Penal*. Maurino, G. (ed.). Gedisa, Buenos Aires, pp. 288-303.
- BACIGALUPO, E. (2012), *Derecho Penal Parte General* 2ª ed. 3ª reimp. Hammurabi, Buenos Aires.
- CREUS, C. (1998), *Derecho Penal Parte Especial* 6ª ed., Astrea, Buenos Aires.
- DONNA, E. A. (1995), *Teoría del delito y de la pena*. Astrea, Buenos Aires.
- DONNA, E. A. (2001), *Derecho Penal Parte Especial*. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe.
- DWORKIN, R. (2012), “El foro de los principios”, *Una cuestión de principios*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, pp. 53-102.
- DWORKIN, R. (2012), “¿Puede ser que no haya una respuesta correcta para los casos difíciles?”, *Una cuestión de principios*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, pp. 159-190.

- DWORKIN, R. (2012), "En qué se parece el derecho a la literatura", *Una cuestión de principios*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, pp. 191-215.
- DWORKIN, R. (2012), "De la interpretación y la objetividad", *Una cuestión de principios*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, pp. 217-228.
- FONTÁN Balestra, C. (1998), *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. Ledesma, G. A. C. (act.). Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- FRANCO, M. (2012), *Un enemigo para la Nación. Orden interno, violencia y "subversión", 1973-1976*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- GARIBALDI, G. E. L. y Pitlevnik, L. G. (1995), *Error y delito*. Hammurabi, Buenos Aires.
- GARZÓN Valdés, E., Spolansky, N. E., Nino, C. S. y Urquijo, M. E. (2007), *Lenguaje y acción humana*. Ad - Hoc, Buenos Aires.
- JAKOBS, G. (1997), *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. Marcial Pons, Madrid.
- MOLINA, G. J. (2014), *Delitos de omisión impropia*. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe.
- NAVARRO, P. (2007), "La aplicación neutral de conceptos valorativos", *Analisi e diritto*, pp. 39-55.
- NEGRETTO, G. L. (1994), "¿Qué es el decisionismo? Reflexiones en torno a la doctrina política de Carl Schmitt", *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, vol. 40 núm. 161, pp. 49-74.
- NINO, C. S. (1989), *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. UNAM, México.
- NINO, C. S. (2006), *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Astrea, Buenos Aires.
- NINO, C. S. (2007), *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación* 2ª ed. 2ª reimp. Astrea, Buenos Aires.
- NINO, C. S. (2012), *La validez del derecho* 4ª reimp. Astrea, Buenos Aires.
- NINO, C. S. (2012), *Introducción al análisis del derecho* 16ª ed. 16ª reimp. Astrea, Buenos Aires.
- NÚÑEZ, R. C. (1959-1974), *Derecho Penal Argentino*. Bibliográfica Argentina/Bibliográfica Omeba/Lerner. Buenos Aires.
- NÚÑEZ, R. C. (1975), *Manual de Derecho Penal Parte General* 2ª ed. Lerner, Buenos Aires.
- PESSOA, N. (1996) *Concurso de delitos. Teoría de la unidad y pluralidad delictiva*, Hammurabi, Buenos Aires.
- ROJAS Pellerano, H. F. (1977), "Métodos de interpretación", Rojas Pellerano, H. F. (coord.), *Introducción al Derecho*. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires.
- ROXIN, C. (1997), *Derecho Penal Parte General*. Civitas, Madrid.
- SANCINETTI, M. A. (2005), *Casos de Derecho Penal Parte General*, 3ª ed. Hammurabi, Buenos Aires.
- SCHMITT, C. (2005), *Teología política. Cuatro ensayos sobre la soberanía*. Struhart & Cía, Buenos Aires.
- SOLER, S. (1963), *Derecho Penal Argentino*, 3ª ed. Parte General y 2ª ed. Parte Especial. TEA, Buenos Aires.
- WELZEL, H. (1956), *Derecho Penal Parte General*. Roque Depalma Editor, Buenos Aires.
- WITTGENSTEIN, L. (1999), *Investigaciones filosóficas*. Ediciones Altaya S. A., Barcelona.
- ZAFFARONI, E. R. (1981), *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Ediar, Buenos Aires.
- ZAFFARONI, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2002), *Derecho Penal Parte General*, 2ª ed. Ediar, Buenos Aires.
- ZAFFARONI, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2010), *Manual de Derecho Penal Parte General*, 2ª ed. 5ª reimp. Ediar, Buenos Aires.