

EN LETRA: DERECHO PENAL  
Año V, número 8, pp. 117-153

## LA INCORRECCIÓN MORAL COMO PRESUPUESTO DE LEGITIMIDAD DE LA CRIMINALIZACIÓN

Lucía SOLAVAGIONE, LL.M.\*

---

Fecha de recepción: 8 de marzo de 2019

Fecha de aprobación: 22 de mayo de 2019

### Resumen

En este trabajo se abordará la problemática normativa de la legitimidad de la criminalización de clases de conductas por parte del Estado. En particular, se expondrán algunos argumentos a favor de que la incorrección moral sea —junto con el daño— una exigencia de la legitimidad de esa criminalización (teoría dualista). Además, se sostendrá la necesidad de distinguir la incorrección moral del daño. Asimismo, se presentarán algunos ejemplos que muestran que esta es útil en los análisis descriptivos del derecho penal.

*Palabras clave:* Legitimidad de la criminalización – bien jurídico – principio de daño – incorrección moral

**Title: Moral Wrongfulness as Requirement of the Legitimacy of Criminalisation**

### Abstract

This paper will address the normative problem of the legitimacy of the criminalization of classes of behaviour by the State. In particular, it will present some arguments in favour of a dualist theory (both moral wrongfulness and harm as requirements of the legitimacy of the criminalization). In addition, it will argue the need to distinguish moral wrongfulness from harm. It will also present some examples that show that this is useful in descriptive analyses of criminal law.

*Key words:* Legitimacy of criminalization – legal right – harm principle – moral wrongfulness

---

\* Abogada, Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Magister en Derecho alemán por la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität de Bonn, Alemania y becaria doctoral del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) en la misma Universidad. Contacto: [s3lusola@uni-bonn.de](mailto:s3lusola@uni-bonn.de). Expreso mi gratitud a Alejandra Verde por haber leído la primera versión de este trabajo. Sus observaciones, críticas y sugerencias bibliográficas fueron fundamentales para un mejor desarrollo de estas ideas.

## Sumario

**I. Introducción; II. La justificación de la criminalización; III. El principio de daño (*harm principle*) y la teoría del bien jurídico como condición necesaria de criminalización; IV. La incorrección moral; 1. Consenso social; 2. Punto de vista de la moral positiva; 3. Perspectiva deontológica; V. La autonomía de la incorrección moral respecto del daño; VI. Incorrección moral y análisis descriptivos; VII. Los límites del principio de daño; 1. El “peso” del daño; 2. Confusión entre ambas exigencias; 3. Pérdida de la función crítica; VIII. La concepción dualista de la criminalización; IX. ¿Debería, entonces, ser la incorrección moral un presupuesto de criminalización?; X. Conclusión; XI. Bibliografía.**

## I. Introducción

La decisión del Estado de criminalizar una clase de conducta debe estar siempre racionalmente justificada. Como afirma FEINBERG: “La libertad debe ser la norma, la coerción siempre necesita una justificación especial”.<sup>1</sup> Una prohibición penal estará justificada en la medida que el legislador respete ciertas *exigencias, requisitos* o *presupuestos* que actúan como límite al uso del aparato represivo estatal. Una teoría de la criminalización es esencial dado que, precisamente, provee los requisitos de legitimidad de una criminalización, cuyo objetivo es restringir el alcance del derecho penal.<sup>2</sup> Es decir, permite generar un marco normativo para distinguir entre prohibiciones penales justificadas y no justificadas.<sup>3</sup> La teorización en materia de criminalización, entonces, “pretende articular qué clase de razones debe guiar la labor legislativa penal (en particular al criminalizar clases de conductas), razones que, a su vez, han de aparecer también de modo central en la tarea interpretativa”.<sup>4</sup>

En Alemania, la posición mayoritaria en la doctrina penal entiende que la función del derecho penal es la protección de *bienes jurídicos* frente a su lesión o peligro de lesión<sup>5</sup> y la lucha contra

<sup>1</sup> FEINBERG, *Harm to others. The Moral Limits of the Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1984, p. 9.

<sup>2</sup> HUSAK, *Overcriminalization – The limits of the criminal law*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 59. Según el autor, una teoría de la criminalización es “un conjunto de principios para reducir el alcance del derecho penal sustantivo”.

<sup>3</sup> HUSAK, *supra* nota 2, p. 3.

<sup>4</sup> FERRANTE, “Filosofía del derecho penal”, en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol. 3, 2015, p. 2098. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/13.pdf> [enlace verificado el día 22 de mayo de 2019].

<sup>5</sup> JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1996, p. 7; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.ª ed., München, C. H. Beck, 2006, § 2, n.º m.

## EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 8 (2019)

---

comportamientos socialmente dañosos.<sup>6</sup> En similar sentido, en el ámbito anglosajón se ha considerado que su función es la prevención del *daño*.<sup>7</sup> Es decir, la discusión se centra en “la afectación al ‘bien jurídico’ de un delito, entendido normalmente como la producción de un daño o perjuicio”.<sup>8</sup> Esto significa, entonces, que en ambas tradiciones (aunque especialmente en la continental europea)<sup>9</sup> mayoritariamente se considera que estos principios son el presupuesto *necesario* y, además, *suficiente* de legitimidad de la criminalización.

El objetivo de este breve estudio es presentar algunas reflexiones acerca de la incorrección moral (que en la tradición angloamericana se conoce como *wrongfulness*<sup>10</sup> o *moral wrongfulness*<sup>11</sup>) de clases de conducta como presupuesto de legitimidad de la criminalización.

Se entenderá que lo que define a una clase de conducta como moralmente incorrecta es su contradicción *intrínseca* con una norma moral autónoma que es lesionada cuando se comete un delito y no sus consecuencias.<sup>12</sup> Por “moral” se hará referencia aquí a la “moral positiva”, es decir al conjunto de normas y pautas de comportamiento aceptadas en un grupo social determinado.

Asimismo, se dará cuenta de la extensión que ha sufrido el principio del daño y el concepto de bien jurídico para abarcar aspectos que corresponden, en realidad, a la incorrección moral. Al respecto, se señalarán los problemas que esto genera y se sostendrá la necesidad de separar estrictamente ambas exigencias. En especial, se expondrán argumentos a favor de una *teoría dualista de la criminalización*, que sostiene que, junto con el daño, la incorrección moral debe ser considerada un requisito adicional de legitimidad de una criminalización.

## II. La justificación de la criminalización

---

1; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 7.ª ed., Berlín, De Gruyter, 2005, § 1, n.º m. 13; JOECKS, “Einl.”, en MüKo I, 2.ª ed., Múnich, Beck, 2011, n.º m. 26.

<sup>6</sup> HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, Heymanns, 2002, p. 5.

<sup>7</sup> AMBOS, “Bien jurídico y Harm Principle: Bases teóricas para determinar la «función global» del derecho penal internacional – Una segunda contribución para una teoría coherente del derecho penal internacional”, en *Revista de derecho penal y criminología*, 3.ª Época, n.º 10, 2013, p. 345.

<sup>8</sup> RUSCA, “¿Por qué está mal aceptar y ofrecer sobornos? Una discusión de la tesis de la mercantilización del gobierno”, en *En Letra: Derecho Penal*, año I, n.º 2, 2016, p. 87.

<sup>9</sup> RUSCA, *supra* nota 8, p. 87.

<sup>10</sup> HUSAK, *supra* nota 2, pp. 65 y 73.

<sup>11</sup> GREEN, *Lying, Cheating, and Stealing – A Moral Theory of White-Collar Crime*, Oxford University Press, Nueva York 2006, p. 39.

<sup>12</sup> GREEN, *supra* nota 11, p. 39.

Desde la Ilustración, se entiende que el derecho penal es de *ultima ratio*<sup>13</sup>: únicamente puede intervenir siempre que no haya una alternativa menos gravosa en el derecho vigente (carácter accesorio del derecho penal). Además, dado que la pena es la sanción más grave de la que dispone el Estado, solo puede ser utilizada por este cuando se trate de ataques especialmente dañosos y reprochables contra bienes jurídicos (carácter fragmentario del derecho penal).<sup>14</sup>

Preguntarse por los presupuestos de una criminalización legítima es preguntarse por los presupuestos bajo los cuales el Estado puede hacer uso de la herramienta de control social más grave de la que dispone: el *ius puniendi*. Su función esencial es la creación y el mantenimiento de un ordenamiento jurídico, sin el cual la vida en comunidad no sería posible.<sup>15</sup> En este sentido, si se piensa que toda norma de prohibición limita la libertad de las personas<sup>16</sup> y que la pena consiste en la irrogación severa de un mal<sup>17</sup> que limita la libertad del individuo y su desarrollo personal,<sup>18</sup> entonces, toda decisión de criminalización debería estar justificada lo máximo posible. Por lo tanto, analizar cuáles deberían ser estos requisitos es relevante para determinar si la prohibición penal de una clase de conducta está o no justificada.

Esta justificación se refiere tanto a la finalidad de la pena (el porqué del castigo) como al merecimiento individual.<sup>19</sup> Este último, a su vez, puede dividirse en dos aspectos: por un lado, a quién se decide castigar y, por otro lado, qué clases de conductas pueden ser criminalizadas de modo legítimo.<sup>20</sup> Por ello, la pregunta de la legitimidad de una prohibición penal es respondida por una teoría de la criminalización y no debe ser confundida con la cuestión de la legitimidad del castigo penal, pese a que existe una obvia vinculación entre estas. Al respecto, afirma HUSAK que: “Una teoría de la criminalización provee una serie de condiciones bajo las cuales al Estado le está permitido recurrir al castigo. Buscamos principios para limitar el derecho penal, porque buscamos

---

<sup>13</sup> Un análisis del principio de *ultima ratio* puede verse en HUSAK, “The Criminal Law as Last Resort”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n.º 2, 2004, pp. 207-235.

<sup>14</sup> JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 5, pp. 52 s.

<sup>15</sup> JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 5, p. 11.

<sup>16</sup> Así, FEINBERG, *supra* nota 1, p. 7: “Podemos formular la pregunta básica de estos volúmenes como una sobre los límites morales de la libertad individual, entendiendo ‘libertad’ simplemente como la ausencia de coerción legal”.

<sup>17</sup> Con ulteriores referencias, STREE/KINZIG, “§§ 38” en S/S-StGB, 29.ª ed., Múnich, Beck, 2014, n.º m. 1.

<sup>18</sup> Al respecto, HUSAK entiende que: “En la actualidad, castigarnos es lo peor que nos puede hacer el Estado” (HUSAK, *supra* nota 13, p. 235).

<sup>19</sup> PERALTA, “La explotación: una discusión filosófica sobre su ilicitud”, en GIMBERNAT ORDEIG *et al.* (eds.), *Dogmática del derecho penal: Material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a Schünemann*, Lima, Gaceta Jurídica, 2014, p. 491.

<sup>20</sup> PERALTA, *supra* nota 19, p. 491.

principios para limitar las circunstancias bajo las cuales al Estado le está permitido infligir sanciones punitivas”.<sup>21</sup>

Una teoría de la criminalización tiene como destinatario al legislador y no al juez.<sup>22</sup> Al dirigirse a aquel, se trata de un análisis en el nivel de casos genéricos y no de casos individuales.<sup>23</sup> Criminalizar significa decidir si una *clase* de conductas en abstracto (caso genérico) debe ser prohibida penalmente y no si una conducta del mundo empírico (caso individual) debe ser castigada. Las consideraciones que realiza una teoría de la criminalización son, por lo tanto, previas al derecho positivo (*vorpositiv*, en alemán).

Al decidir si una clase de conducta debe o no ser penalmente prohibida, el legislador penal debe respetar los presupuestos determinados por una teoría de la criminalización para que su accionar no sea arbitrario, es decir, en términos de HUSAK, para evitar que la inocencia sea mágicamente transformada en prohibición mediante un simple trazo de la pluma legislativa.<sup>24</sup>

### III. El principio de daño (*harm principle*) y la teoría del bien jurídico como condición necesaria de criminalización

La idea central del principio del daño y de la teoría del bien jurídico es, en esencia, la misma: ambos exigen la presencia de algún tipo de daño —o peligro de daño— y enfatizan la protección de los intereses como fundamento de la criminalización de clases de conducta.<sup>25</sup> Esto último significa, por un lado, que lo que se criminaliza son siempre comportamientos *humanos*, pues el derecho penal no se ocupa de criminalizar daños naturales.<sup>26</sup> Por otro lado, como se dijo, la criminalización es siempre de *clases* de conductas y, por ello, se refiere a un análisis en el nivel de, en términos de ALCHOURRÓN y BULYGIN, “casos genéricos” y no de “casos individuales” del

---

<sup>21</sup> HUSAK, *supra* nota 2, p. 77.

<sup>22</sup> PÉREZ BARBERÁ, “El ilícito material del delito tributario – En torno a la legitimidad de la criminalización de incumplimientos fiscales”, en AMARANTE *et al.*, *Institutos de Derecho Penal Tributario*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017, p. 69.

<sup>23</sup> ALCHOURRÓN/BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1998, pp. 57 ss., citado en PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 80.

<sup>24</sup> HUSAK, *supra* nota 2, p. 193.

<sup>25</sup> VON HIRSCH, “‘Harm and Wrongdoing’, Schädlichkeit und Verwerflichkeit als Begründung von Kriminalisierung”, en *FS-Schünemann*, Berlín, De Gruyter, 2014, p. 83.

<sup>26</sup> VON HIRSCH, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, Berlín, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005, p. 75.

mundo empírico.<sup>27</sup> Por ello, es preferible hablar de clases de conducta que simplemente de conductas, ya que esta expresión es más adecuada para referirse a “tipologías delictivas”.<sup>28</sup> Al criminalizar una clase de conducta, el legislador penal toma únicamente en cuenta razones *prima facie*, es decir, si estafar, administrar fraudulentamente o malversar fondos públicos, etcétera es, *en general* dañoso (y moralmente incorrecto). Y evalúa esto con independencia de que, según las circunstancias de un caso individual, la conducta concreta pueda ser no punible.<sup>29</sup>

En cuanto al principio del daño y la teoría del bien jurídico se ha sostenido que en la definición del concepto de “daño” se encuentran, también, los componentes del concepto de “bien jurídico”<sup>30</sup> o, en otras palabras, que existe una obvia similitud entre ambos.<sup>31</sup> Para la doctrina mayoritaria en Alemania, la tarea del derecho penal es la protección de bienes jurídicos; según el principio del daño del ámbito angloamericano, es la evitación de daños a terceros.<sup>32</sup> Para VON HIRSCH, tanto el principio del daño como el de bien jurídico son utilizados como instrumentos para determinar y limitar el ámbito legítimo de aplicación de las normas penales.<sup>33</sup> Es decir, la discusión respecto de

---

<sup>27</sup> Estos autores plantean que existe una ambigüedad en la expresión “caso” (es decir, esta es usada con más de un significado) y, para explicar esto, ofrecen el siguiente ejemplo: cuando se habla del caso del “homicidio político” o del caso “asesinato de Gandhi”, la expresión es utilizada con diferentes significados. El asesinato de Gandhi es un fenómeno real, ocurrido en un cierto tiempo y espacio, mientras que el caso de “homicidio político” no se refiere a ningún acontecimiento ocurrido en la realidad, sino a ciertas características que pueden tener algunos acontecimientos. Para eliminar esta ambigüedad es necesario distinguir entre casos individuales y casos genéricos. Los primeros son “situaciones o acontecimientos” que se producen en un determinado tiempo y lugar. La noción de caso genérico, por el contrario, no alude a ningún suceso del mundo empírico, y puede ejemplificarse con un número indeterminado de casos individuales. Esta expresión es también ambigua, ya que se usa para designar a una subclase del Universo del Discurso formada a partir de una cierta propiedad como así también a la propiedad misma que sirve para formar esa subclase. Por ello, debe distinguirse entre: casos genéricos del Universo del Discurso y casos genéricos del Universo de Casos. Los primeros constituyen la subclase de los elementos de un universo del discurso formada a partir de una cierta propiedad. P. ej., si la propiedad que se usa para clasificar los elementos del Universo del Discurso está referida al homicidio por razones de género, serán casos genéricos de este tipo todo el subconjunto de homicidios por razones de género. Los segundos están dados por la propiedad definitoria de una subclase de los elementos del Universo del Discurso. P. ej., la propiedad “razones de género”, que se usa para clasificar los elementos del Universo del Discurso referido al homicidio. Véase, al respecto: ALCHOURRÓN/BULYGIN, *supra* nota 23, pp. 57 ss.

<sup>28</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 70.

<sup>29</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 80.

<sup>30</sup> VON HIRSCH, *supra* nota 26, p. 75.

<sup>31</sup> MIRÓ LINARES, “La criminalización de conductas ‘ofensivas’. A propósito del debate anglosajón sobre los ‘límites morales’ del Derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17-23, 2015, p. 8.

<sup>32</sup> WITTIG, “Rechtsgutstheorie, ‘Harm Principle’ und die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen”, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos, 2003, p. 239.

<sup>33</sup> VON HIRSCH, *supra* nota 26, p. 70.

qué clases de conductas —y con qué límites— el Estado puede legítimamente criminalizar, ha girado sobre estos dos principios, tanto en el sistema continental europeo como en el anglosajón.

En términos generales, según el principio del daño solamente pueden ser criminalizadas por el Estado las clases de conductas que sean dañinas a los intereses de un tercero.<sup>34</sup> Por el contrario, aquel no podría prohibir penalmente conductas meramente inmorales o que únicamente dañen al autor. La formulación originaria de este principio corresponde a MILL, quien sostuvo que: “el único propósito para el cual el poder se puede ejercer legítimamente sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es evitar que se dañe a terceros”.<sup>35</sup> Es decir, por un lado, dado que el principio del daño se centra en los efectos de la clase de conducta que se criminaliza, brinda razones de tipo *consecuencialistas* en favor de una prohibición penal. Por otro lado, la criminalización debe apuntar a la *prevención* del daño,<sup>36</sup> es decir solo se puede criminalizar algo en la medida en que esto prevenga el daño a otros.

De modo similar, la teoría continental-europea del bien jurídico exige que la clase de conducta a criminalizar dañe a un bien o, al menos, lo ponga en peligro.<sup>37</sup> Por bienes jurídicos se entenderán aquí a los datos fundamentales para la realización personal de los individuos o para la subsistencia de un sistema social, en los límites del derecho constitucional.<sup>38</sup>

En síntesis: según ambos presupuestos una prohibición penal será legítima si la clase de conducta que se criminaliza es “dañina, es decir, si lesiona un interés importante de las personas y de su vida en comunidad (en el sentido en que lo plantea el denominado *harm principle* del derecho

---

<sup>34</sup> MILL, *Utilitarianism, Liberty, and Representative Government, Part II: On Liberty*, Londres, Dent, 1948 [1859], p. 73; FEINBERG, *supra* nota 1, pp. 33 ss.

<sup>35</sup> MILL, *supra* nota 34, p. 73.

<sup>36</sup> AMBOS, *supra* nota 7, p. 355.

<sup>37</sup> GRECO, “Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 12, n.º 49, 2004, p. 107.

<sup>38</sup> Las definiciones de bien jurídico que brinda la doctrina son muy numerosas. Sobre ello, STRATENWERTH señala que existe una absoluta falta de claridad y que respecto de ningún otro concepto básico en el derecho penal se ha ofrecido tal variedad de definiciones. (STRATENWERTH, “Zum Begriff des ‘Rechtsgutes’”, en *FS-Lenckner*, Múnich, C.H. Beck, 1998, p. 378). Asimismo, las dificultades de definir el bien jurídico aumentan frente a la tendencia de “licuar, espiritualizar y desmaterializar el concepto” (HASSEMER/NEUMANN, “Vor § 1”, en *NK-StGB*, 5.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017, n.º m. 122). Al respecto, véase AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, Athenäum, 1972, pp. 91 ss.; KRÜGER, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, Berlín, Duncker & Humblot, 2000.

anglosajón o, en terminología continental-europea, si lesiona o pone en peligro algún bien jurídico”.<sup>39</sup>

#### IV. La incorrección moral

Cuando, en el ámbito angloamericano, se habla de *wrongfulness*<sup>40</sup> o *moral wrongfulness*<sup>41</sup> en relación a una clase de conducta, se hace referencia a que está *mal*, es decir, que es moralmente incorrecta. Y cuando esa clase de conducta está penalmente prohibida, surge la pregunta de cuál es el “fundamento moral” que subyace a esa prohibición.<sup>42</sup>

Según la postura que se desarrollará aquí, la determinación de la incorrección moral requiere el examen de cuáles *son* de hecho las convicciones morales fundamentales en una sociedad “X”. Es decir, una clase de conducta es valorada como incorrecta cuando vulnera alguna norma moral<sup>43</sup> que forma parte de un consenso social mínimo. En otras palabras, afirmar que una acción es incorrecta significa aquí que ese consenso valoraría a esa acción de tal manera.<sup>44</sup>

En este punto corresponde formular algunas precisiones.

##### 1. Consenso social

En primer lugar, el punto de vista relevante aquí, como se dijo, es el de la moral. Cuando se valora algo (una acción, una conducta, etc.) como “bueno” o “malo”, *independientemente* de lo que diga el derecho positivo de una sociedad y exclusivamente desde los valores elementales que rigen en esta, significa pensar desde una perspectiva moral.<sup>45</sup> La incorrección moral consiste, entonces, en la contradicción de una conducta con una norma moral —y no necesariamente también jurídica— que es lesionada cuando se comete un delito.<sup>46</sup>

---

<sup>39</sup> VERDE, *La receptación como delito contra el mercado formal*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

<sup>40</sup> HUSAK, *supra* nota 2, pp. 65 y 73.

<sup>41</sup> GREEN, *supra* nota 11, p. 39. En lo que sigue, hablaré de incorrección moral para hacer referencia a *wrongfulness* o *moral wrongfulness*.

<sup>42</sup> Cf. GREEN, “What is wrong with tax evasion?”, en *Houston Business and Tax Journal*, 2009, p. 225.

<sup>43</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 75.

<sup>44</sup> GREEN, *supra* nota 11, p. 46.

<sup>45</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 74.

<sup>46</sup> GREEN, *supra* nota 11, p. 39.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 8 (2019)

---

Ahora bien, la referencia a la moral puede ser problemática desde la perspectiva de un derecho penal liberal, según se explicará más adelante. Por ello, es necesario formular algunas especificaciones.

En primer lugar, en este análisis, “moral” hace referencia a la *moral positiva*, es decir a las normas morales que rigen en una sociedad o en un determinado grupo social, en cierto momento. Esto es así cuando estas son reconocidas por la gran mayoría de los individuos y son asimismo la expresión de sus auténticas convicciones.<sup>47</sup> La moral positiva puede definirse como las “reglas y principios morales relativos al trato entre nosotros y la valoración de bienes sociales, ampliamente aceptados en una sociedad determinada”. La moral crítica, por el contrario, se refiere a “reglas y principios morales mejor sustentados por argumentación racional”.<sup>48</sup>

En segundo lugar, reconocer el rol del consenso en el “juicio moral” no significa aceptar que se pueda derivar el “deber ser” del “ser” ni que se pueda decidir qué es lo moralmente correcto a través de la votación.<sup>49</sup>

Sobre este último punto cabe la siguiente aclaración. La posibilidad de determinar la incorrección moral implica aceptar que la sociedad tiene la capacidad para lograr un consenso *elemental* o *básico* sobre el estatus moral de numerosas clases de conductas.<sup>50</sup> De hecho, es difícil pensar en algún tipo penal —fundamentalmente, de los que forman parte del derecho penal nuclear— que no refleje las convicciones morales más arraigadas de esa sociedad.<sup>51</sup> Incluso, la manera más plausible de explicar ciertos tipos penales es mediante la sugerencia de que representan una violación de normas morales que forman parte de un *consenso social mínimo*<sup>52</sup> y que una sociedad determinada valora como fundantes. P. ej., el modo más plausible de explicar por qué las conductas prohibidas por el § 166 StGB<sup>53</sup> perturban la paz pública allí protegida, es

---

<sup>47</sup> BIRNBACHER, *Analytische Einführung in die Ethik*, 3.ª ed., Berlín/Boston, De Gruyter, 2013, p. 8.

<sup>48</sup> GREEN, *supra* nota 11, p. 47, nota n.º 63.

<sup>49</sup> GREEN, *supra* nota 11, pp. 46 s.

<sup>50</sup> GREEN, *supra* nota 11, p. 47.

<sup>51</sup> Véase al respecto GREEN, *supra* nota 11, p. 45.

<sup>52</sup> STRATENWERTH, *supra* nota 38, pp. 389 s.

<sup>53</sup> “§ 166. Ultrajes a la confesión, a sociedades religiosas y a asociaciones ideológicas (1) Quien públicamente o por medio de la difusión de publicaciones (§ 11 inc. 3) ultraje el contenido de credos religiosos o de cosmovisiones del mundo ajenas, de modo apto para perturbar la paz pública, será castigado con pena privativa de la libertad de hasta tres años o con multa. (2) La misma pena se aplicará a quien públicamente o por medio de la divulgación de publicaciones (§ 11 inc. 3) ultraje a una iglesia existente en el país u otra sociedad religiosa o asociación ideológica, ultraje sus instalaciones o costumbres de modo apropiado para perturbar la paz pública”.

sostener que “aquellas contradicen normas que nuestra sociedad pluralista [...] valora como vinculantes”.<sup>54</sup>

Esto significa que hay determinados comportamientos que *indudablemente* son reprochados por la absoluta mayoría en nuestra sociedad. Y para poder afirmar esto, no es necesario recurrir a una votación sobre qué se considera moralmente correcto o incorrecto. Al respecto, señala GREEN que: “casi toda persona civilizada tiene alguna comprensión rudimentaria respecto de que es moralmente incorrecto [...] mentir, engañar, robar, coaccionar, explotar, romper promesas y similares”.<sup>55</sup> Estas clases de conducta son denominadas *mala in se*, puesto que lesionan las normas morales más elementales que rigen en una sociedad y, por ello, muy probablemente no perderían el carácter de reprochables aun cuando el derecho positivo no las prohibiera.<sup>56</sup> Quien deseara sostener lo contrario —esto es, que no puede afirmarse que existe un consenso social sobre esto— tendrá la carga argumentativa y deberá demostrar por qué ello no es así.<sup>57</sup>

En tercer lugar, debe tenerse en cuenta que las valoraciones sociales son dinámicas, esto es, que pueden modificarse con el trascurso del tiempo. Así, lo que una generación consideraba “incorrecto” puede ser valorado por otra como “correcto”<sup>58</sup> o viceversa. P. ej., en Alemania la homosexualidad entre personas de sexo masculino estuvo penalmente prohibida<sup>59</sup> hasta la década del setenta del siglo pasado. Tal como explican FRISCH y STRATENWERTH, la descriminalización de la homosexualidad se debió a modificaciones sustantivas en las valoraciones morales de los miembros de esa sociedad, que dejaron de considerar a las prácticas homosexuales como inmorales. Este cambio fue, de hecho, tenido en cuenta por el legislador penal alemán para decidir

---

<sup>54</sup> STRATENWERTH, *supra* nota 38, p. 386.

<sup>55</sup> GREEN, *supra* nota 11, p. 45.

<sup>56</sup> En este sentido, explica GREEN que: “Casi todos los doctrinarios del derecho penal están de acuerdo en que la razón por la cual las personas generalmente no se matan y violan entre sí, es que creen que el homicidio y la violación son moralmente incorrectos y temen la desaprobación que sufrirían por parte de sus conciudadanos si se comportaran de esa manera” (GREEN, *supra* nota 42, p. 224). Por el contrario, la incorrección moral en las conductas *mala prohibita* es menos clara, pues su desvalor no consiste en la violación de normas morales fundamentales. Esto es así, ya que no son conductas incorrectas independiente o previamente a su criminalización, sino que la incorrección de esas conductas depende únicamente de su prohibición legal. (Véase: DUFF, *Answering for Crime – Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007, pp. 47 y 89).

<sup>57</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 91.

<sup>58</sup> GREEN, *supra* nota 11, p. 47.

<sup>59</sup> Por el § 175 StGB.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 8 (2019)

que esa clase de conducta debía ser descriminalizada.<sup>60</sup> Es decir, en esta descriminalización el concepto de bien jurídico poco tuvo que ver. Y dado que durante la vigencia de la prohibición penal raramente se admitió la existencia de la lesión a un bien jurídico<sup>61</sup>, puede concluirse que este concepto tampoco fue relevante en la decisión de criminalización.

En cuarto lugar, la relación entre el consenso social y el derecho penal no implica aceptar que siempre será posible alcanzar tal consenso y tampoco que una prohibición penal será ilegítima si no se lo logra.<sup>62</sup>

Por otro lado, se ha sostenido que hay una imposibilidad empírica de “medir” dicho consenso social —o, por lo menos, sería sumamente complicado—.<sup>63</sup> Según HÖRNLE, por un lado, el legislador debería preocuparse por conseguir datos confiables y actuales, debido a la variabilidad de las convicciones morales; y, por otro lado, sería dudoso que investigaciones sociales arrojaran resultados fiables.<sup>64</sup> Esta crítica es, en principio, pertinente. Sin embargo, como se dijo más arriba, lo relevante aquí es un consenso elemental sobre normas morales muy enraizadas cultural o socialmente. De allí que no sea necesario recurrir a estudios empíricos para afirmar su vigencia. Por lo tanto, nuevamente, “el que afirme lo contrario o lo ponga en duda es quien debería asumir la carga de la prueba”.<sup>65</sup>

La determinación de la incorrección moral puede ser entendida, entonces, como un ejercicio de teoría moral descriptiva, más que como justificación —desde un punto de vista normativo— de *por qué* debemos abstenernos de mentir, robar o estafar, p. ej.<sup>66</sup> De los diversos problemas que existen respecto de la relación entre derecho y moral, este ejercicio puede ser entendido como uno de índole sociológica, vinculado con las influencias recíprocas entre el contenido de la

---

<sup>60</sup> FRISCH, “Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens”, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos, 2003, p. 218; STRATENWERTH, *supra* nota 38, pp. 389 s.

<sup>61</sup> KÜHL, “Strafrecht und Naturrecht – Strafrecht und Moral”, en *FS-Rengier*, Múnich, C.H. Beck, 2018, p. 569.

<sup>62</sup> GREEN, *supra* nota 11, p. 47.

<sup>63</sup> Véase, al respecto: HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten – Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2005, pp. 57 s.; HOFSTÄTTER, “Strafe und Vorwerfbarkeit in sozialpsychologischer Sicht”, en BAUER/BÜRGER-PRINZ/GIESE/JÄGER (eds.), *Sexualität und Verbrechen – Beiträge zur Strafrechtsreform*, Frankfurt am Main/Hamburg, Fischer Bücherei, 1963, p. 123.

<sup>64</sup> HÖRNLE, *supra* nota 63, pp. 57 s.

<sup>65</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 91, nota n.º 55. Aquí el autor explica que, de todas formas, sí es posible encontrar abordajes empíricos rigurosos sobre, p. ej., el problema de la moral tributaria y cita las referencias pertinentes.

<sup>66</sup> Cfr. GREEN, *supra* nota 11, p. 4.

legislación y las ideas y las pautas morales.<sup>67</sup> Es decir: “se tratará de una discusión fáctica limitada a la *moral positiva*”.<sup>68</sup>

## 2. Punto de vista de la moral positiva

La afirmación de que el análisis de la incorrección moral de una clase de conducta debe limitarse al propio de la moral positiva —y no de la moral crítica— debe ser justificada. Al respecto, entiendo que asumir el punto de vista de la moral crítica resulta problemático pues implica comprometerse con una determinada posición metaética,<sup>69</sup> a saber, con alguna clase de cognitivismo (meta)ético<sup>70</sup> según el cual es posible argumentar racionalmente sobre cuestiones morales. Los cognitivistas entienden que “la verdad o falsedad de los juicios morales es asequible al conocimiento humano”,<sup>71</sup> es decir, que se puede “erigir una pretensión de verdad”<sup>72</sup> respecto de las proposiciones del lenguaje moral. Por el contrario, el no-cognitvismo sostiene, básicamente, “que nuestros juicios morales en realidad no son enunciados que pretenden ser verdaderos o falsos en ningún sentido sustantivo. Carecen de condiciones de verdad”.<sup>73</sup>

Adoptar el punto de vista de la moral positiva, en cambio, no implica comprometerse con ninguna concepción metaética.<sup>74</sup> Es decir, no es necesario ser cognitivista para sostener que, en

---

<sup>67</sup> Cfr. NINO, *Los límites de la responsabilidad penal – Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980, p. 271.

<sup>68</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 87.

<sup>69</sup> Las teorías metaéticas se diferencian de las éticas. La ética (normativa) se ocupa de debatir acerca de lo correcto moralmente (o de lo bueno). Son teorías éticas, p. ej., el deontologismo y el consecuencialismo. La metaética, a diferencia de la ética, “[n]o está intentando establecer qué cursos de acción son correctos o deben promoverse, y por tanto no se está intentando responder a preguntas como ‘¿es moralmente aceptable el aborto?’ [...] Se trata, más bien, de una investigación acerca de las respuestas a esas preguntas” (SÁNCHEZ BRÍGIDO, “El problema moral: análisis conceptual y retorno al racionalismo”). Disponible en:

[https://www.academia.edu/36715792/El\\_problema\\_moral\\_Analisis\\_conceptual\\_y\\_retorno\\_al\\_racionalismo](https://www.academia.edu/36715792/El_problema_moral_Analisis_conceptual_y_retorno_al_racionalismo) [enlace verificado el día 22 de mayo de 2019]). La metaética no debate sobre lo bueno, sino que tiene a la ética (o a la moral) misma como objeto. Es decir, no se ocupa de la pregunta de qué se debe hacer, cómo deben comportarse las personas o qué comportamientos son correctos o incorrectos, etc. Todas estas respuestas se refieren a preguntas de contenido moral y, por lo tanto, pertenecen al discurso de *primer orden*. Dado que la metaética presupone la existencia de ese discurso, se trata de un discurso de *segundo orden* y, por ello, “metaética” y “ética de segundo orden” son utilizados como sinónimos (GREWENDORF/MEGGLE, “Zur Struktur des metaethischen Diskurses”, en *Seminar: Sprache und Ethik – Zur Entwicklung der Metaethik*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1974, p. 7).

<sup>70</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 88.

<sup>71</sup> BIRNBACHER, *supra* nota 47, p. 382.

<sup>72</sup> RICKEN, *Allgemeine Ethik*, 5.ª ed., Stuttgart, Kohlhammer, 2013, p. 59.

<sup>73</sup> SÁNCHEZ BRÍGIDO, *supra* nota 69.

<sup>74</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 86.

una sociedad “S”, la clase de conducta “C” es valorada como moralmente incorrecta.<sup>75</sup> En otras palabras, para aceptar que en una sociedad rigen, de hecho, determinadas normas morales, basta con no ser escéptico de segundo orden, pero no importa ser uno de primer orden.<sup>76</sup>

Ahora bien, hasta ahora no se ha explicado por qué es problemático adoptar un compromiso con algún tipo de cognitivismo en el análisis de la incorrección moral. Tal como explica PÉREZ BARBERÁ, esto puede ser respondido mediante el principio democrático: si se pretende que la discusión acerca de la incorrección moral sea genuinamente democrática, deben poder participar *todos*,<sup>77</sup> independientemente de sus convicciones metaéticas.

### 3. Perspectiva deontológica

El análisis de la incorrección moral valora una conducta desde una perspectiva deontológica —o no consecuencialista—, según la cual lo que la define como incorrecta es su contradicción *intrínseca* con una norma moral autónoma y no sus consecuencias.<sup>78</sup> Al respecto, señala GREEN: “[e]l enfoque de incorrección que adoptaré es principalmente no consecuencialista, o deontológico, en su orientación. Bajo este enfoque, lo que hace a una acción incorrecta es alguna violación intrínseca de una regla o deber autónomo y no las consecuencias de la acción”.<sup>79</sup>

---

<sup>75</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 87.

<sup>76</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 87. En este punto, cabe aclarar que los planteamientos de primero y segundo orden son, tal como explica MACKIE, no solo distintos sino también completamente independientes. Un escéptico de primer orden no es necesariamente uno de segundo orden y viceversa. Esto significa que las posiciones metaéticas —o éticas de segundo orden— de alguien, no afectan sus posiciones de primer orden. Al respecto, explica el autor que: “Una persona puede tener fuertes puntos de vista morales e incluso de contenido totalmente convencional y, al mismo tiempo, creer que se trata simplemente de actitudes y disposiciones prudentes vinculadas a la conducta que ella misma y otras personas observan. A la inversa, una persona puede rechazar toda moral establecida y, al mismo tiempo, creer que la existencia del mal o la corrupción es una verdad objetiva”, MACKIE, *Ethics. Inventing right and wrong*, Penguin Books, 1979 [1977], p. 16.

<sup>77</sup> Al respecto, es fundamental el modelo de la democracia deliberativa. Véase: NINO, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997; HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992; GARGARELLA, “La constitución de la democracia deliberativa según Carlos Nino”, en *Revista de la Universidad de Palermo*, año 3, n.º 1, 1998; sobre los presupuestos normativos de la democracia deliberativa: OLIVARES, “Un enfoque sistémico de la democracia deliberativa”, en *Revista de la Facultad de Derecho (Universidad Nacional de Córdoba)*, vol. 4, n.º 2, 2013.

<sup>78</sup> GREEN, *supra* nota 11, p. 39.

<sup>79</sup> GREEN, *supra* nota 11, p. 39.

Por ello, sería un error entenderla como una cuestión de política criminal, puesto que las razones de esa índole tienen que ver más con argumentos consecuencialistas, vinculados a la conveniencia o no de criminalizar cierto comportamiento.<sup>80</sup>

## V. La autonomía de la incorrección moral respecto del daño

Adoptar una perspectiva deontológica respecto de la incorrección moral tiene como consecuencia que esta y el daño deban ser entendidos como dos requisitos autónomos e independientes de legitimidad de la criminalización estatal.<sup>81</sup> En otras palabras, significa que las razones vinculadas al daño son diferentes e independientes de las vinculadas a la incorrección moral, de modo que de las primeras no pueden derivarse conclusiones respecto de las segundas.<sup>82</sup>

PÉREZ BARBERÁ señala al respecto, por un lado, que de la ausencia (o presencia) de daño no debe derivarse ninguna conclusión sobre la corrección (o incorrección) moral de una clase de conducta, porque una conducta que no causa daño puede ser inmoral, por razones deontológicas que la hagan intrínsecamente incorrecta.<sup>83</sup> Y, por el otro, que el daño solo puede ser reputado como una consecuencia inmoral si la conducta que causó es intrínsecamente inmoral, es decir, si es moralmente incorrecta por razones deontológicas independientes del daño.<sup>84</sup>

La primera afirmación implica asumir que de la ausencia de daño no se sigue necesariamente la corrección moral de una conducta, pues esta puede ser intrínsecamente inmoral por razones deontológicas. P. ej.: el § 17 de la Ley de Protección de Animales alemana (*Tierschutzgesetz*) prevé el tipo penal de la tortura animal, que criminaliza la conducta de quien mate a un animal vertebrado sin un motivo razonable, le inflija dolores con brutalidad o padecimientos considerables. Si se entiende al bien jurídico como un interés humano que pertenece a un individuo o a la comunidad, el caso analizado queda fuera de este concepto.<sup>85</sup> Entonces, si no puede afirmarse la existencia de un bien jurídico tal como el dolor o el sufrimiento animal en sí mismo, mucho menos puede hablarse de una lesión a un bien jurídico (que no existe) y, por lo tanto, esta debe excluirse. Sin embargo, la tortura animal puede ser entendida como una clase de

<sup>80</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 73.

<sup>81</sup> RUSCA, *supra* nota 8, p. 88.

<sup>82</sup> PÉREZ BARBERÁ, “Besprechung der iberoamerikanischen Festschrift für Bernd Schünemann – insbesondere mit Blick auf den Wissenschaftsdialog”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 2016, p. 346.

<sup>83</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 77.

<sup>84</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 77.

<sup>85</sup> GRECO, *supra* nota 37, p. 108.

conducta valorada socialmente como moralmente incorrecta, dado que implica provocarle sufrimientos crueles a un animal.

Ahora bien, asumir esa primera afirmación de PÉREZ BARBERÁ implica también aceptar que una conducta dañina puede, a pesar de ello, ser en sí misma moralmente correcta. Aquí cabe mencionar el ejemplo de la legítima defensa.<sup>86</sup> Quien se defiende (o lo hace respecto de un tercero) de una agresión ilegítima, a través de un medio apto y razonable para impedir el ataque, no actúa de manera antijurídica.<sup>87</sup>

La conducta de una persona que, en ejercicio de la legítima defensa, causa un daño a otro se valora, ya por razones deontológicas, como intrínsecamente correcta, pues está bien protegerse (o hacerlo respecto de un tercero) frente a una agresión ilegítima.<sup>88</sup> Al respecto, explica GREEN: “si X mata a Y en legítima defensa propia o de terceros, diríamos nuevamente que Y ha sido dañado sin ser ofendido [*wronged*], dado que nadie puede ser ofendido por una acción justificada. Y dado que la acción de X no era incorrecta, él no será responsable de homicidio”.<sup>89</sup>

Cuando el legislador decide criminalizar una clase de conducta valora los daños *prima facie*, esto es, los daños que puede causar *en general* o en abstracto, con independencia de que, por las circunstancias del caso particular, la conducta en concreto pueda resultar no punible.<sup>90</sup> La decisión de no criminalizar una clase de comportamientos, por su parte, también se basa en razones *prima facie*, es decir, con independencia de las circunstancias del caso individual.<sup>91</sup> Al tener en cuenta estas razones, el legislador penal puede valorar una causación de un daño como legítima defensa, estado de necesidad, etcétera y decide, por ello, no criminalizar esa clase de conducta. Y lo hace porque la clase de conducta en abstracto —aunque obviamente dañosa— no se reputa en sí misma como inmoral y, por lo tanto, está justificada o exculpada.<sup>92</sup> Pues, cuando una persona mata a otra en legítima defensa, no se cree que se ha comportado disvaliosamente. Más bien se piensa que está en su derecho de hacerlo.<sup>93</sup> En este sentido, GREWENDORF y MEGGLE explican que “[n]uestras convicciones de que ellos estén en su derecho muestra claramente que utilizamos la regla ‘No

---

<sup>86</sup> GREEN, *supra* nota 11, p. 40; PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 79.

<sup>87</sup> BACIGALUPO, *Manual de Derecho Penal – Parte General*, Santa Fe de Bogotá, TEMIS, 1996, pp. 122 ss.

<sup>88</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 79.

<sup>89</sup> GREEN, *supra* nota 11, p. 40.

<sup>90</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 80.

<sup>91</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 80.

<sup>92</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 81.

<sup>93</sup> GREWENDORF/MEGGLE, *supra* nota 69, p. 296.

matar nunca a otro’, en la medida que remita a una u otra excepción legítima. Con ello [...] se muestra que consideramos matar *prima facie* como incorrecto, como incorrecto siempre que se den idénticas condiciones, como incorrecto siempre que no haya circunstancias especiales de justificación”.<sup>94</sup>

La valoración de esas circunstancias especiales como razones *prima facie* por parte del legislador, puede ser explicada mediante el siguiente ejemplo. La colisión de deberes es, según la opinión mayoritaria, una causa de justificación.<sup>95</sup> Lo que se denomina clásicamente como una situación de colisión de deberes consiste en “[e]l conflicto entre deberes aisladamente legítimos, pero de imposible satisfacción cumulativa”.<sup>96</sup> En estos supuestos, el incumplimiento de uno de los deberes se encuentra justificado, pues el legislador entiende que no es moralmente incorrecto que el autor no satisfaga alguno de los dos deberes. Dado que el agente no puede fácticamente satisfacer los dos al mismo tiempo, el incumplimiento de uno no es valorado como inmoral. En otras palabras: para incumplir un deber —de manera no justificada— al autor le debe ser *posible* satisfacer ese deber. Esto se sigue del principio kantiano según el cual “debe” implica “puede” (en sentido de posibilidad), es decir nadie está obligado a hacer lo imposible.<sup>97</sup>

En definitiva, si bien es cierto que habitualmente se considera inmoral a lo que causa un daño, “de ello no se sigue que todo daño es inmoral. Hay daños que no son inmorales, del mismo modo que [...] hay immoralidades que no causan daño”.<sup>98</sup>

---

<sup>94</sup> GREWENDORF/MEGGLE, *supra* nota 69, p. 296.

<sup>95</sup> Parte de la doctrina entiende, sin embargo, que se trata de un instituto de exclusión del injusto penal, es decir, que lo que se excluye es el ilícito total, incluida la tipicidad. Véase, al respecto COCA VILA, “La colisión ‘deficitaria’ de deberes. Consideraciones sobre la exclusión del injusto omisivo en ejecución de actos de salvamento supererogatorios”, en *En Letra: Derecho Penal*, año IV, n.º 6, 2018; VERDE, “‘La colisión de deberes en derecho penal’ de Ivó Coca Vila. ¿Disolución de colisiones de deberes jurídicos?”, en *En Letra: Derecho Penal*, año IV, n.º 6, 2018.

<sup>96</sup> COCA VILA, *supra* nota 95, p. 60. Este autor ha propuesto recientemente una revisión del concepto y del fundamento de la solución de la colisión de deberes jurídico-penales (VERDE, *supra* nota 95, p. 255). Así, entiende que, en realidad, “no se trata de un conflicto de deberes, entendidos estos como formas obligacionales perfectas y vinculantes, sino más bien de un mero conflicto entre razones de obligación no obligantes” (COCA VILA, *supra* nota 95, p. 60). En este sentido, coincide con los autores que sostienen que “todas las colisiones de deberes son aparentes o que, directamente, no existen auténticas colisiones de deberes” (COCA VILA, *supra* nota 95, p. 61). Por ello, entiende que “en realidad, el obligado por dos o más deberes de cumplimiento excluyente, respecto de aquellos que no cumple (o infringe) —y siempre que satisfaga el que corresponde cumplir (es decir: el de rango superior o equivalente que elija)—, no infringirá ningún deber penal auténtico” (VERDE, *supra* nota 95, p. 258).

<sup>97</sup> COCA VILA, *supra* nota 95; VERDE, *supra* nota 95.

<sup>98</sup> VERDE, *supra* nota 39.

De lo dicho anteriormente se sigue, entonces, que, aunque incorrección moral y daño frecuentemente se superponen, se trata de conceptos analíticamente distintos.<sup>99</sup> La causación de un daño será incorrecta solo en la medida en que el comportamiento sea, desde una perspectiva deontológica, moralmente incorrecto.<sup>100</sup>

## VI. Incorrección moral y análisis descriptivos

En lo que sigue, se efectuarán algunas consideraciones sobre el rol de la incorrección moral (como requisito de legitimidad de la criminalización) en la tarea interpretativa, particularmente en los análisis de la parte especial del derecho penal.

Los análisis descriptivos dentro del derecho penal son aquellos “que se ocupan de explicar con precisión en qué consiste una determinada conducta, qué tipo de relación existe entre conducta y daño, qué es lo que permite reprochar a alguien por un daño y qué es lo que determina que un daño sea, o no, una consecuencia desaprovable”.<sup>101</sup>

Diferenciar daño e incorrección moral es posible y *útil*. Son justamente las distinciones que se hacen en el plano de la incorrección moral las que permiten hacer distinciones relevantes para la parte especial del derecho penal. Es decir, diferenciar cuál es el componente moral de los delitos permite establecer distinciones conceptuales entre estos y permite, también, hacerlo respecto de su gravedad. A partir de ello, se pueden hacer juicios de valor con relación a la escala penal y analizar, p. ej., si es correcto que en la Argentina el peculado tenga una escala penal más alta que la administración infiel.<sup>102</sup>

El papel de la incorrección moral en los análisis descriptivos en el derecho penal puede ilustrarse con algunos ejemplos:<sup>103</sup>

---

<sup>99</sup> GREEN, *supra* nota 11, p. 39.

<sup>100</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 82.

<sup>101</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 83.

<sup>102</sup> Este problema es analizado por PÉREZ BARBERÁ en “Corruption as Disloyalty?”, en ZIMMERMANN (ed.), *Criminal Liability of Political Decision-Makers*, Cham (Suiza), Springer, 2017, pp. 315 ss.

<sup>103</sup> En lo que sigue, me ocuparé de la específica incorrección moral presente en algunos delitos. Estos serán entendidos como “tipologías delictivas”, es decir como clases de conducta en abstracto y con independencia de un derecho positivo concreto. Véase PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 70.

a) La forma más plausible de distinguir el homicidio a petición del homicidio simple es en el nivel de la incorrección moral. Según la opinión mayoritaria en la doctrina alemana, el primer tipo penal es un tipo privilegiado en relación con el segundo,<sup>104</sup> que se configura cuando una persona, determinada por la expresa y seria petición de otro a matarlo, lo hace. Ahora bien, orientados exclusivamente por el daño causado, no existiría ninguna diferencia entre esa forma de homicidio y el homicidio simple, porque en ambos casos se ocasiona la muerte a una persona (el daño). Sin embargo, en el homicidio a petición, el legislador ha considerado razones *prima facie* para valorar la conducta dañosa de quien mata en estas condiciones como moralmente “menos” incorrecta que la conducta de quien mata sin estas. De allí que la escala penal sea considerablemente inferior a la prevista para el primer caso. Es decir, la conducta de quien mata por piedad o compasión es juzgada como moralmente menos disvaliosa que la de quien comete un homicidio simple. Estas circunstancias —como así también el pedido de la víctima— son las razones *prima facie*. Y lo cierto es que se considera la criminalización del homicidio como correcta porque vemos en ello la causación inmoral de la muerte de otro. Pero cuando esa muerte fue expresa y seriamente solicitada por la víctima y, además, el autor actuó por piedad o compasión, entonces, ya no se valora esa conducta como “tan” incorrecta.

b) Dado que el anterior ejemplo puede resultar problemático, quizás sea conveniente mencionar algún otro en el marco de los delitos contra el patrimonio. Al respecto, RUSCA señala que idéntico daño patrimonial puede causarse mediante un engaño —por medio del cual la víctima dispone libremente de su patrimonio— que a través de la ruptura de un contrato patrimonial. Sin embargo, solo habrá estafa en el primer supuesto, pues hay algo moralmente incorrecto en engañar a otro (para apropiarse de su patrimonio) que no está presente en una simple ruptura contractual.<sup>105</sup> Y precisamente en ello radica la específica incorrección moral del delito de estafa.<sup>106</sup> Se considera legítima su criminalización porque se la entiende como la causación inmoral de un daño, ya que engañar a otro está mal. Por lo tanto, se prevé un tipo penal que impone un “estigma” especial para reprochar una conducta con una particular forma de inmoralidad.<sup>107</sup>

---

<sup>104</sup> KINDHÄUSER, “§ 216”, en NK StGB, 7.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017, n.º m. 1.

<sup>105</sup> RUSCA, *supra* nota 8, pp. 87 s.

<sup>106</sup> RUSCA, *supra* nota 8, pp. 87 s.

<sup>107</sup> RUSCA, *supra* nota 8, p. 89.

c) Otro ejemplo que puede resultar clarificador es el de la administración desleal. En términos muy generales, existe administración desleal o infiel cuando una persona, violando su deber de custodia patrimonial, genera un daño al patrimonio confiado.

Existen diversas formas de dañar el patrimonio ajeno. La particularidad en la administración infiel es que el comportamiento del autor implica una conducta *desleal*.

La lealtad presupone la existencia de un deber que es violado<sup>108</sup>, que en este delito está dado por el deber de custodia patrimonial. Pero no se trata aquí de cualquier lealtad, sino de una “especial”, es decir, la persona obligada debe tener determinada posición y determinados deberes que surgen de esa posición (deberes posicionales).<sup>109</sup> Y es que la administración infiel implica un “dañar desde adentro”.<sup>110</sup> Es decir, no cualquiera puede ser sujeto activo de este delito, sino únicamente quien tiene a su cargo un deber de custodia patrimonial y que, mediante su violación, causa un daño de esa índole. Es por ello que el administrador debe ser entendido como un *insider*<sup>111</sup> y, por lo tanto, su conducta debe ser distinguida de otras que, si bien generan daño patrimonial, no lo hacen desde esa posición.

Lo que distingue a este delito de otros contra el patrimonio es el componente de lealtad. Asimismo, la lealtad es siempre relacional y parcial.<sup>112</sup> En la administración infiel, la relación está fundada normalmente en la ley, contrato o relación de confianza; y la parcialidad en que el administrador debe responder a los intereses del titular del patrimonio. Es decir, la lealtad crea un deber de actuar “en el mejor interés” de esa persona, incluso cuando ello vaya en contra de un interés propio.<sup>113</sup>

---

<sup>108</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 102.

<sup>109</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 102.

<sup>110</sup> KINDHÄUSER, “Pflichtverletzung und Schadenszurechnung bei der Untreue (§ 266 StGB)”, en *FS-Lampe*, Berlín, Duncker & Humblot, 2003, p. 710.

<sup>111</sup> Cfr. FLETCHER, *Loyalty – An Essay on the Morality of Relationships*, Nueva York/Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 34.

<sup>112</sup> FLETCHER, *supra* nota 111, pp. 8 y 24.

<sup>113</sup> GREEN, *supra* nota 11, p. 99.

Se le da valor a la lealtad, pues ella define las relaciones humanas más importantes, incluso la propia identidad.<sup>114</sup> Al respecto, FLETCHER señala que, para determinar quién debe ser leal a un país y por qué, hay que preguntarse si ese es *su* país,<sup>115</sup> pues es eso lo que define su identidad.

Una persona satisface su deber de lealtad cuando cumple los deberes que resultan de este.<sup>116</sup> Lealtad, en este contexto, es sinónimo de la relación de cuidado patrimonial que supone este delito, la que, a su vez, implica una relación especial del autor con un patrimonio ajeno.<sup>117</sup> Dado que, entonces, en la administración infiel se trata de la causación *desleal* de un daño patrimonial, puede afirmarse que la incorrección moral es, en este caso, la deslealtad,<sup>118</sup> entendida como “la búsqueda de alternativas que socavan el vínculo principal”.<sup>119</sup> Esta consiste, aquí, en que el sujeto a quien se le confió el cuidado del patrimonio utiliza indebidamente su poder para dañarlo; es decir, él daña el patrimonio que tiene “a su merced”.<sup>120</sup>

En conclusión, incorporar el análisis de la incorrección moral en el discurso de legitimidad de la criminalización ayuda, también, a introducir distinciones conceptuales relevantes para la parte especial y a determinar si las escalas penales fijadas por el legislador —en función de la gravedad de las clases de conductas prohibidas— son correctas.

## VII. Los límites del principio del daño

El dogma liberal aceptado mayoritariamente según el cual el derecho penal solo debe intervenir frente a lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos o cuando haya un daño a terceros, parece ser considerado una razón legítima para criminalizar comportamientos. Por el contrario, la afirmación de que una clase de conducta que *solo* lesione normas morales elementales de una comunidad (pero no cause daño) puede ser penalizada, es rechazada con insistencia. Al respecto, surge la pregunta de quién podría aceptar algo como esto y se sostiene que “el derecho penal no debe ser utilizado para castigar meras inmoralidades”.

---

<sup>114</sup> GREEN, *supra* nota 11, p. 99.

<sup>115</sup> FLETCHER, *supra* nota 111, pp. 52 ss.

<sup>116</sup> LABSCH, *Untreue (§ 266 StGB): Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Deutung*, Lübeck, Schmidt-Römhild, 1983, p. 132.

<sup>117</sup> ROJAS, “El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán”, en *Revista Penal*, n.º 23, 2009, p. 140.

<sup>118</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 102.

<sup>119</sup> GREEN, *supra* nota 11, p. 101.

<sup>120</sup> KINDHÄUSER, “§ 266”, en *supra* nota 104, n.º m. 10.

Los argumentos del daño han triunfado sobre los de la incorrección moral. En Estados Unidos, p. ej., desde la década de 1980 los debates sobre la criminalización de comportamientos asociados normalmente a inmoralidades han sido dominados por los argumentos basados en el daño.<sup>121</sup> Así, la justificación de normas penales contra “la prostitución y la pornografía [...] el merodeo y el consumo de estupefacientes [...] las conductas homosexuales y heterosexuales”<sup>122</sup> se ha basado en el (supuesto) daño causado por esas conductas y no en su incorrección moral. Mientras que, tiempos atrás, las fracciones conservadoras solían acudir a argumentos del moralismo jurídico, ahora han abandonado este recurso y argumentan desde el principio del daño, el que ha sufrido así una alteración ideológica desde su origen progresista.<sup>123</sup>

La hegemonía del principio del daño —y del concepto de bien jurídico— en el discurso legitimador de la criminalización presenta algunos problemas que se expondrán a continuación.

## 1. El “peso” del daño

La hegemonía referida hace que la discusión se concentre, exclusivamente, en la *dimensión* del daño, es decir, en qué daño es peor. Sin embargo, el principio del daño no brinda ningún parámetro para resolver esto, es decir, para determinar cómo debe ponderarse su magnitud.<sup>124</sup> Cuando el requisito del daño no trivial (*non trivial harm*) está satisfecho, el principio del daño ha agotado su objetivo.<sup>125</sup>

## 2. Confusión entre ambas exigencias

Algunos autores han pretendido ampliar el alcance originario del principio del daño<sup>126</sup> en aras de abarcar de esta forma argumentos que se refieren, en realidad, a la incorrección moral de las conductas.

---

<sup>121</sup> Véase al respecto HARCOURT, “The collapse of the harm principle”, en *Journal of criminal law and criminology*, vol. 90, art. 3, 1999.

<sup>122</sup> HARCOURT, *supra* nota 121, p. 110.

<sup>123</sup> HARCOURT, *supra* nota 121, p. 119.

<sup>124</sup> Al respecto, HARCOURT sostiene que “[e]l principio del daño originario nunca fue equipado para determinar la importancia relativa de los daños. [...] No dice nada respecto de cómo sopesar, ponderar o juzgar los daños [...] debemos mirar más allá del principio del daño originario y del debate tradicional sobre la imposición legal de la moral.” (HARCOURT, *supra* nota 121, p. 193.

<sup>125</sup> HARCOURT, *supra* nota 121, p. 120.

<sup>126</sup> AMBOS, *supra* nota 7, p. 354.

Al respecto, PÉREZ BARBERÁ señala que “Feinberg es el ejemplo paradigmático de quien busca capturar la problemática de la incorrección moral a partir del principio del daño”.<sup>127</sup> En efecto, FEINBERG propone un “concepto normativo de daño” y entiende que para que pueda afirmarse el daño jurídicamente relevante, primero debe haber una “postergación de los intereses” (*setback to interests*) de otra persona y, segundo, este debe ser “injusto” (*wrong*).<sup>128</sup> Sin embargo, como señala VERDE, el concepto normativo de daño presenta los mismos problemas que los “conceptos normativos de acción” propuestos por la doctrina alemana.<sup>129</sup> Sostiene que tanto “daño” como “acción” son conceptos del mundo ontológico y que, por lo tanto, basta determinar en ese plano si el daño o la acción existieron. Pero si ese daño o esa acción son relevantes para el derecho penal o presentan alguna cualidad por la cual deban ser prohibidos penalmente, “es una cuestión valorativa que se decide en función de razones normativas”.<sup>130</sup> Es decir, la idea de daño es puramente fáctica y si se considera un daño como ilícito es por alguna razón normativa independiente de su existencia en sí.<sup>131</sup> Así, explica la autora que si el daño “es moralmente reprochable o ilícito es porque así lo determina el sistema normativo de referencia; pero si ese daño no es ilícito, o no es inmoral, de todas formas, será daño”.<sup>132</sup>

Esta ampliación del principio del daño lo termina hipertrofiando y deriva en una “pérdida de claridad analítica”<sup>133</sup> y, consecuentemente, en la confusión entre ambos presupuestos. De allí que sea preferible una separación estricta entre el daño —como lesión o menoscabo fáctico—<sup>134</sup> y la incorrección moral de la clase de conducta que genera ese daño.

Distinguir entre daño e incorrección moral no solo es necesario en pos de alcanzar claridad conceptual y analítica, sino que también es relevante para evitar consecuencias prácticas indeseables, como p. ej. ocurre en los debates estadounidenses sobre el abuso sexual infantil. Allí, la medida de la incorrección moral de esa clase de conducta ha sido determinada en función del daño causado y no de la inmoralidad de la conducta en sí misma.<sup>135</sup> En otras palabras, en este

---

<sup>127</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 72.

<sup>128</sup> FEINBERG, *supra* nota 1, p. 36

<sup>129</sup> VERDE, *supra* nota 39.

<sup>130</sup> VERDE, *supra* nota 39.

<sup>131</sup> VERDE, *supra* nota 39.

<sup>132</sup> VERDE, *supra* nota 39.

<sup>133</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 83.

<sup>134</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 82.

<sup>135</sup> WOODIWISS, “Beyond a single story – the importance of separating ‘harm’ from ‘wrongfulness’ and ‘sexual innocence’ from ‘childhood’ in contemporary narratives of childhood sexual abuse”, en *Sexualities*, vol. 17 (1&2), 2014, p. 5.

contexto, “es la historia del daño o la narrativa del perjuicio lo que ha llegado a dominar el relato contemporáneo”.<sup>136</sup> El problema de que las consecuencias de esta clase de conducta sean tenidas como la medida de su incorrección, sostiene WOODIWISS, dificulta el reconocimiento de la existencia del abuso cuando la víctima no presenta signos evidentes de daño.<sup>137</sup> Así, puede considerarse que, dado que ella no experimentó efectos devastadores tras el abuso, entonces el abuso no es algo que está *mal*.<sup>138</sup> Esto podría llevar a considerar al abuso como incorrecto, únicamente cuando la persona abusada sí presente signos de daño (y, por lo tanto, sea “incapaz de lidiar con el abuso”).<sup>139</sup> Pero enfocarse en si a la víctima “le está yendo ‘bien’ o ‘mal’”, puede derivar en una forma de culpabilizarla, en la cual ella sería responsable del daño causado por no poder lidiar con el abuso.<sup>140</sup>

### 3. Pérdida de la función crítica

El concepto de bien jurídico posee dos sentidos. En la terminología de HASSEMER, este puede tener una función inmanente o trascendente al sistema. La primera se define como la suma de los objetos de protección dentro del código penal, mientras que la segunda se refiere al uso de este concepto como instrumento de valoración y crítica de esos objetos de protección.<sup>141</sup> En otros términos, también se distingue entre concepto dogmático y concepto político-criminal de bien jurídico. El primero es, simplemente, el interés protegido por una norma del derecho positivo: en este sentido, toda norma protege un interés. El segundo tiene una función crítica y la tarea de restringir el poder del legislador para criminalizar.<sup>142</sup> Por ello, en materia de legitimidad de la criminalización —es decir, cuando se discuten los límites del poder estatal de prohibir penalmente algo— interesa ese último concepto.

Ahora bien, la hipertrofia del principio del daño —y de bien jurídico— genera una pérdida de esa capacidad crítica. Si se lo vacía de contenido, de modo que todo —o casi todo— puede ser

---

<sup>136</sup> WOODIWISS, *supra* nota 135, p. 16.

<sup>137</sup> WOODIWISS, *supra* nota 135, p. 17.

<sup>138</sup> WOODIWISS, *supra* nota 135, p. 11. Creo que esto es, precisamente, a lo que se refieren GARDNER y SHUTE cuando afirman que “centrarse exclusivamente en los daños tiende a ocultar la incorrección del acto mismo” (GARDNER/SHUTE, “The Wrongness of Rape”, en GARDNER, *Offences and Defences – Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2007, p. 5).

<sup>139</sup> WOODIWISS, *supra* nota 135, p. 13.

<sup>140</sup> WOODIWISS, *supra* nota 135, p. 13.

<sup>141</sup> HASSEMER, *Theorie und Soziologie*, Frankfurt, Athenäum, 1973, p. 19.

<sup>142</sup> GRECO, *supra* nota 37, pp. 92 s.

daño (o lo que es lo mismo, si todo —o casi todo— puede ser considerado un bien jurídico), entonces todo —o casi todo— puede ser legítimamente criminalizado. Pérdida de significado y posibilidad de manipulación son dos caras de la misma moneda.<sup>143</sup> El requisito del daño perdería su carácter crítico y sería así una simple idealización. Y si todo puede ser criminalizable, “el derecho penal pasa a ser *prima o sola ratio* en lugar de *ultima ratio*: cuando haya un problema considerable, el legislador penal pondrá a disposición de inmediato el derecho penal”.<sup>144</sup> En otras palabras: el precio de dilatar el concepto de bien jurídico —o de daño— implica el abandono de cualquier función crítica.<sup>145</sup>

STRATENWERTH explica que en Alemania algunos tipos penales como los de ultrajes a la confesión, sociedades religiosas y asociaciones ideológicas (§ 166 StGB), denigración del recuerdo de difuntos (§ 189 StGB) y de tortura animal (§ 17 TierSchG), hasta ahora han sido tratados como “excepciones” al dogma del bien jurídico.<sup>146</sup> Por su parte, ROXIN considera la protección del embrión,<sup>147</sup> la protección de animales y plantas<sup>148</sup> y la de generaciones futuras<sup>149</sup> como excepciones a la exigencia del bien jurídico como condición necesaria de criminalización. Estas serían criminalizaciones sin bien jurídico,<sup>150</sup> pues “ninguno de estos intereses es pasible de referirse a individuos existentes actualmente y tampoco constituyen condiciones de subsistencia del sistema social actual”.<sup>151</sup>

Entiendo que la “salida” de entender estos supuestos como excepciones al dogma del bien jurídico es preferible a extenderlo para poder incorporarlos pues, al menos, se evitan los problemas derivados de la ampliación del concepto de bien jurídico desarrollados más arriba. Sin embargo, la clasificación de estos tipos como “excepciones” es, por lo menos, imprecisa. En este punto, hay dos caminos posibles: o bien estos tipos penales son ilegítimos —por apartarse del

---

<sup>143</sup> Cfr. GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie – Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlín, Duncker & Humblot, 2009, p. 172.

<sup>144</sup> HASSEMER, “Rechtsphilosophie, Rechtswissenschaft, Rechtspolitik – am Beispiel des Strafrechts”, en *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden, Nomos, 2000, p. 80.

<sup>145</sup> GRECO, *supra* nota 37, pp. 108 s.

<sup>146</sup> STRATENWERTH, *supra* nota 38, p. 386.

<sup>147</sup> ROXIN, *supra* nota 5, § 2, n.º m. 52 ss.

<sup>148</sup> ROXIN, *supra* nota 5, § 2, n.º m. 55 s.

<sup>149</sup> ROXIN, *supra* nota 5, § 2, n.º m. 57.

<sup>150</sup> ROXIN, *supra* nota 5, § 2, n.º m. 52 ss.

<sup>151</sup> GRECO, *supra* nota 37, p. 109.

dogma liberal del bien jurídico—<sup>152</sup> o debe aceptarse que este no es suficiente para justificar todas las prohibiciones penales. Por ello, hay indicios para afirmar que, además del daño, existen otras exigencias de legitimidad de la criminalización. Si se acepta esto (es decir, que las prohibiciones penales pueden ser justificadas a través de otro tipo de requisitos), se evitaría la ampliación del concepto de bien jurídico o de daño y, con ello, se evitaría “licuar los conceptos hasta su total desfiguración”.<sup>153</sup> Buenas razones independientes al daño podrían, entonces, formularse en la justificación de una disposición normativa penal. Que esas razones no deriven del principio del daño ni del concepto de bien jurídico, no modificaría en absoluto el mandato de justificar lo más racionalmente posible una criminalización. Por otro lado, esta “relativización” de los argumentos de daño no implica necesariamente abandonarlo como requisito necesario de criminalización.<sup>154</sup>

### VIII. La concepción dualista de la criminalización

Afirmar que la distinción entre el daño y la incorrección moral es posible y útil y, además, que es problemático considerar al primero como único requisito para criminalizar, no habilita, *per se*, a sostener que la incorrección moral *debe* ser un presupuesto (adicional al daño) de criminalización. Esto requiere de un segundo paso —de carácter normativo— en la argumentación.<sup>155</sup>

La mencionada hegemonía del principio del daño significa que este es un requisito necesario para criminalizar y para la posición mayoritaria es, además, suficiente. Sin embargo —sobre todo en el ámbito angloamericano— algunos autores se han ocupado de analizar el rol de la incorrección moral de clases de conductas como presupuesto de legitimidad de una criminalización. MOORE, p. ej., entiende que es un presupuesto necesario y, además, suficiente de esa criminalización.<sup>156</sup> Otros autores entienden que debe darse junto al daño para poder afirmar que una prohibición penal es legítima, es decir que, si bien es una exigencia necesaria, no es suficiente.<sup>157</sup> VON HIRSCH y SIMESTER, p. ej., sostienen: “Establecer que una acción es incorrecta [...] es indispensable para justificar su prohibición. [...] la incorrección no es suficiente, pero si

---

<sup>152</sup> FERRANTE explica que se trata aquí de un problema normativo referido al posible carácter exhaustivo del principio del daño, *supra* nota 4, p. 2100.

<sup>153</sup> STRATENWERTH, *supra* nota 38, p. 391.

<sup>154</sup> STRATENWERTH, *supra* nota 38, p. 390.

<sup>155</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, pp. 83 s.

<sup>156</sup> MOORE, *Placing Blame, A Theory of the Criminal Law*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 1997, p. 662.

<sup>157</sup> GREEN, *supra* nota 11, pp. 44 ss.; HUSAK, *supra* nota 2, pp. 65 s.; GARDNER/SHUTE, en *supra* nota 138, pp. 23 ss.; VON HIRSCH/SIMESTER, *Crimes, Harms, and Wrongs – On the Principles of Criminalisation*, Oregon, Hart Publishing, 2011, p. 21; PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, pp. 71 ss.; VERDE, *supra* nota 39.

hay límites a la intervención estatal basados en el daño para regular ofensas [*wrongs*], estos se complementan”.<sup>158</sup> Los mismos autores afirman: “Una exclusiva dependencia del daño es propensa a confundir”.<sup>159</sup> En similar sentido, GARDNER y SHUTE señalan que incluso un delito como la violación no puede ser completamente entendido si el foco radica exclusivamente en el daño causado por la conducta.<sup>160</sup> Estos autores afirman explícitamente, entonces, que la incorrección moral, junto con el daño, debe ser una exigencia necesaria de la legitimidad de la criminalización<sup>161</sup> y, por lo tanto, defienden una teoría o posición dualista respecto de esta.

Esta teoría considera la “dañosidad y reprochabilidad como fundamento de la criminalización”.<sup>162</sup> Así, entiende que, primero, el comportamiento debe generar algún tipo de daño<sup>163</sup> o lesión a un bien jurídico<sup>164</sup> y, segundo, debe presentar alguna forma de incorrección moral.<sup>165</sup> Al respecto, cabe formular algunas precisiones:

La concepción dualista entiende que tienen que darse ambos conjuntamente, pero incluso cuando ello ocurre, el legislador puede decidir no criminalizar por otras razones (p. ej., por razones consecuencialistas).<sup>166</sup> Asimismo, pueden existir otros requisitos adicionales para criminalizar, pero el daño y la incorrección moral deben estar presentes.

La posición dualista no implica tampoco adoptar la tesis central del moralismo jurídico, según la cual, en términos generales, la prohibición penal de una acción inmoral —por el hecho de ser inmoral— es siempre una razón legítima para criminalizar.<sup>167</sup> FEINBERG entiende que para el moralismo jurídico: “puede estar moralmente legitimado prohibir una conducta sobre la base de

<sup>158</sup> VON HIRSCH/SIMESTER, *supra* nota 157, p. 21.

<sup>159</sup> VON HIRSCH/SIMESTER, *supra* nota 157, p. 21.

<sup>160</sup> GARDNER/SHUTE, *supra* nota 138, pp. 1-32.

<sup>161</sup> Véase, entre otros, GREEN, *supra* nota 11, pp. 44 ss.; HUSAK, *supra* nota 2, pp. 65 s.; GARDNER/SHUTE, *supra* nota 138, pp. 23 ss.

<sup>162</sup> VON HIRSCH, *supra* nota 25, pp. 84 y 89.

<sup>163</sup> Véase sobre todo FEINBERG, *supra* nota 1, p. 11 s.; 128 s. y también FEINBERG, *Harmless Wrongdoing. The Moral Limits of the Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1987, *passim*.

<sup>164</sup> Cfr., p. ej., ROXIN, *supra* nota 5, § 2, n.º m. 2 ss.

<sup>165</sup> Un análisis exhaustivo sobre la incorrección moral de diferentes clases de conducta consideradas como delitos de cuello blanco es realizado por GREEN en su libro *Lying, Cheating, and Stealing*. Referido al delito de cohecho, véase, en la Argentina, RUSCA, *supra* nota 8, pp. 129 ss. Referido a la incorrección moral de los delitos tributarios, consultar PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, pp. 89-102.

<sup>166</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, pp. 92 s., nota n.º 58.

<sup>167</sup> MOORE, *supra* nota 156, pp. 67 ss.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 8 (2019)

que es inherentemente inmoral, incluso si no causa un daño u ofende al autor o a terceros”.<sup>168</sup> Es decir, para el moralismo el Estado estaría autorizado a dictar normas penales para castigar conductas meramente inmorales y, por lo tanto, no dañosas para otros o para sí mismos. Asimismo, si la inmoralidad de una clase de conducta es condición necesaria (y *suficiente*) de legitimidad de una criminalización, la prohibición de los denominados “crímenes sin víctimas” — incluso entre adultos en la esfera privada— estaría justificada.<sup>169</sup> A diferencia de esto, la concepción dualista entiende que junto con la incorrección moral debe darse el requisito del daño para que una prohibición penal sea, en principio, legítima. En este sentido, entiende que “[p]or sí misma, la incorrección no es suficiente [...] incorrección y daño [...] son independientemente necesarios [...] para la imposición legítima de sanciones penales”.<sup>170</sup>

Es decir, no se trata de que la moral positiva se constituya como objeto de protección en sí mismo del derecho penal o que el Estado pueda usar su aparato represivo para imponer las convicciones sociales mayoritarias a toda la comunidad.<sup>171</sup> Considerar al daño y a la incorrección moral como requisitos necesarios para la criminalización estatal implica que las inmoralidades privadas no pueden ingresar a la esfera del derecho penal.<sup>172</sup>

<sup>168</sup> FEINBERG, *supra* nota 164, pp. xix-xx.

<sup>169</sup> GREEN, *supra* nota 11, p. 43. Sin embargo, debe señalarse que dentro del moralismo jurídico existen matices. Así, MOORE explica que su teoría no debe ser interpretada de modo tal que toda inmoralidad sea considerada un requisito de criminalización. Él entiende más bien que existen otras variables que deben servir de límite del poder de criminalizar del Estado, aun cuando esté presente una inmoralidad. Asimismo, él se distancia de la problemática de la prohibición de determinadas clases de comportamientos sexuales y señala que: “La moralidad es indiferente respecto de las prácticas sexuales” (MOORE, *supra* nota 156, pp. 173 y 662). Por su parte, DUFF explica que no toda inmoralidad es criminalizable, sino que debe tratarse de “injustos públicos”, es decir “como un injusto que le concierne propiamente al público, esto es, al cuerpo social como un todo” (DUFF, *supra* nota 56, pp. 140 ss.).

<sup>170</sup> HUSAK, *supra* nota 2, p. 198, nota n.º 93.

<sup>171</sup> Esto es lo que sostiene, p. ej., DEVLIN, al afirmar que “la sociedad puede usar la ley para preservar la moralidad de la misma manera que la usa para salvaguardar cualquier otra cosa que es esencial para su subsistencia” (DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965, p. 11). En palabras de este autor “una moralidad establecida es tan necesaria para el bienestar social como lo es la existencia de un buen gobierno” (pp. 13 ss.).

<sup>172</sup> GREEN, *supra* (en nota n.º 11), pp. 44 s.; HUSAK, *supra* nota 2, pp. 65 s.; GARDNER/SHUTE, en *supra* nota 138, p. 23 ss. A la misma conclusión se llegaría, sin embargo, aceptando incluso la tesis del moralismo jurídico “extremo” que propone DEVLIN (véase: *ibid*): si se considerara que los valores y convicciones morales compartidos en una sociedad son necesarios para mantener su unidad y subsistencia, esto solo se vería amenazado por conductas públicas. Por lo tanto, conductas privadas contrarias a la moral positiva no serían aptas para poner en peligro la existencia de la sociedad. Para una crítica extensa a los argumentos de DEVLIN, véase HART, “Social Solidarity and the Enforcement of Morality”, en *The University of Chicago Law Review*, vol. 35, art. 2, 1967.

Si bien para la posición dualista la existencia de daño no es la única razón legítima para criminalizar, esta entiende que se trata de una condición necesaria para ello.<sup>173</sup> Al respecto, afirman GARDNER y SHUTE que: “El principio del daño [...] es el principio según el cual las inmoralidades que no causen un daño no deben ser prohibidas o penas oficialmente [...]. Pero esto está muy lejos de la proposición según la cual las prohibiciones y castigos estatales deberían adaptarse al único y general objetivo de la prevención de daños [...]; dentro de los límites que provee el principio del daño, la ley podría ser adaptada para reflejar incontables consideraciones que no tienen mucho que ver con el daño”.<sup>174</sup>

### **IX. ¿Debería, entonces, ser la incorrección moral un presupuesto de criminalización?**

La justificación de esto puede resultar sumamente problemática desde el punto de vista del derecho penal liberal, según el cual este solo debe cumplir una función de resguardo de intereses humanos frente a lesiones o puestas en peligro y las inmoralidades no deben ser objeto de prohibición penal. En otras palabras, un Estado liberal se caracteriza por considerar que la protección de bienes jurídicos frente a daños o peligro de daños es la tarea prioritaria del derecho penal.<sup>175</sup>

Por ello, en lo que sigue, intentaré reconstruir algunos argumentos que se han formulado en favor de que la incorrección moral sea una exigencia para una criminalización legítima.

Al respecto, se afirma que, aunque no sea evidente, existiría una relación entre la incorrección moral y el punto de vista liberal.<sup>176</sup> Como se dijo anteriormente, toda decisión de criminalización debería estar justificada lo máximo posible. Y esta mayor justificación estaría dada, siempre que, junto con las razones fundadas en el daño, se exigiera la incorrección moral para legitimar una prohibición penal.<sup>177</sup> Lo que se encontraría detrás de esta idea sería la convicción según la cual el derecho penal debe ser de *ultima ratio* y que el poder punitivo del Estado debe limitarse al máximo. Por ello, la concepción dualista ayudaría a restringir el alcance del derecho penal, en la

---

<sup>173</sup> GARDNER, “Justifications and Reasons”, en *Offences and Defences – Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2007, p. 120; RUSCA, *supra* nota 8, p. 88.

<sup>174</sup> Véase GARDNER/SHUTE, *supra* nota 138, pp. 119 s.

<sup>175</sup> JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 5, p. 8.

<sup>176</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, pp. 84 ss.

<sup>177</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 84.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 8 (2019)

---

medida en que exige ambos principios, los cuales se limitarían mutuamente.<sup>178</sup> Según este argumento, entonces, mientras más exigencias sean necesarias para legitimar una prohibición penal —y, por lo tanto, esta tenga una mayor justificación—, mejor sería desde el punto de vista de un Estado liberal de derecho. Desde esta perspectiva, no habría inconvenientes en requerir una exigencia *más* que la del daño.

Asimismo, se sostiene que el hecho de que nuestro Estado liberal sea, además, “de derecho” haría necesario que, en el análisis de una criminalización legítima, deban ser consideradas también “exigencias que [...] aseguren su justicia a partir de determinados requisitos sustantivos, como especialmente los que tienen que ver con los principios de proporcionalidad y de dignidad humana”.<sup>179</sup>

Con relación al principio de proporcionalidad, se señala que, si la clase de conducta a prohibir es dañosa, mas no intrínsecamente inmoral, su criminalización sería desproporcionada y, por lo tanto, injusta; pues “si la pena es un mal, podría en todo caso considerársela una consecuencia justa si es aplicada contra un mal.”<sup>180</sup> Es decir, la justicia requeriría que sean criminalizadas conductas dañosas, únicamente si estas son también moralmente incorrectas, de lo contrario, castigaríamos a aquellos que no han cometido un mal y esto sería injusto.<sup>181</sup>

Además, se afirma que el derecho penal puede distinguirse de otras ramas del derecho debido a su voz moral, por lo que únicamente este tendría una importancia social, en tanto constituye un medio para influenciar el comportamiento de las personas.<sup>182</sup> De este modo “[e]l acto de criminalización en sí mismo constituye una declaración de que determinada conducta es, en lo que al Estado le concierne, incorrecta y no debería ser realizada”.<sup>183</sup> El derecho penal, entonces, declararía públicamente que una clase de comportamiento prohibido es moralmente incorrecto y, debido a esa incorrección, las personas deberían abstenerse de realizarlo.<sup>184</sup>

---

<sup>178</sup> VON HIRSCH, *supra* nota 25, p. 89.

<sup>179</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, pp. 84 s.

<sup>180</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, pp. 84 s.

<sup>181</sup> Así, sostiene DUFF: “la justicia exige que criminalicemos las conductas dañosas solo si estas son también moralmente incorrectas; de lo contrario, condenamos y castigamos a quienes no han hecho ningún mal, lo que sería injusto” (DUFF, *supra* nota 56, p. 83).

<sup>182</sup> VON HIRSCH/SIMESTER, *supra* nota 157, p. 4.

<sup>183</sup> VON HIRSCH/SIMESTER, *supra* nota 157, p. 5.

<sup>184</sup> VON HIRSCH/SIMESTER, *supra* nota 157, p. 11.

Esta voz moral se dirigiría hacia personas consideradas agentes morales capaces de reflexionar en este sentido: “[l]a criminalización se dirige directamente a sujetos-ciudadanos y, a su vez, a los infractores, en claros términos morales, tratándolos como agentes capaces de reflexionar moralmente. Esta hace una valoración oficial respecto del estatus moral de  $\Phi$ .<sup>185</sup> Esta apelación al destinatario de una prohibición penal como agente moral le da la oportunidad para reflexionar sobre la adecuación de su conducta”.<sup>186</sup>

Así, se sostiene que, si el derecho penal criminalizara exclusivamente daños, independientemente de que las conductas que los causaron sean o no inmorales, esto podría ser únicamente explicado por razones preventivas de tipo disuasorias.<sup>187</sup> Es decir, si se criminalizara una clase de conducta que está *bien* pero que causa daño, la justificación estaría basada solamente en argumentos preventivos para criminalizar<sup>188</sup>, lo cual implica instrumentalizar al destinatario de la prohibición penal. Solamente si se tiene en cuenta la incorrección de la conducta el derecho penal se dirigiría a los eventuales autores como agentes morales, es decir, como actores “capaces de deliberación moral”.<sup>189</sup> De no ser esto así, entonces, se consideraría a los destinatarios de la prohibición penal como meros objetos; es decir, no como fines en sí mismos, sino como simples medios para alcanzar fines ulteriores.<sup>190</sup> Esto representaría una vulneración al principio de no instrumentalización y, por ende, sería contrario a la dignidad humana.<sup>191</sup>

Otro argumento es el de la efectividad de las leyes penales.<sup>192</sup> Al respecto, se asevera que el poder de disuasión de la ley sería menor si esta no reflejara las creencias compartidas de una comunidad. Es decir, “[c]uando los códigos penales se desvían de las normas de la comunidad, los ciudadanos pueden ser menos propensos a cooperar con o aceptar las demandas del sistema”.<sup>193</sup> Si el derecho positivo no fuese consistente con las normas sociales, perdería su credibilidad y, en

---

<sup>185</sup> El símbolo *phi* ( $\Phi$ ) es utilizado por los autores para designar una conducta indeterminada. El símbolo es utilizado en filosofía como abreviatura convencional. Véase VON HIRSCH/SIMESTER, *supra* nota 157, p. 22, nota al pie.

<sup>186</sup> VON HIRSCH/SIMESTER, *supra* nota 157, p. 12.

<sup>187</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 85.

<sup>188</sup> Sobre la objeción a la legitimidad de la criminalización basada *solo* en argumentos preventivos, véase: VERDE, *supra* nota 39.

<sup>189</sup> VON HIRSCH/SIMESTER, *supra* nota 157, p. 18.

<sup>190</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 8, p. 85. Para un análisis extenso sobre la prohibición de instrumentalización, véase: GRECO, *supra* nota 143, pp. 160 ss.

<sup>191</sup> PÉREZ BARBERÁ, *supra* nota 22, p. 85.

<sup>192</sup> Véase al respecto: GREEN/KUGLER, “When is it Wrong to Trade Stocks on the Basis of Inside Information? Public Views of the Morality of Insider Trading”, en *Fordham Urban Law Journal*, vol. 39, 2011, pp. 450 s.

<sup>193</sup> GREEN/KUGLER, *supra* nota 192, p. 22, pp. 450 s.

última instancia, su efectividad; en otras palabras, las intuiciones morales de las personas deberían ser tenidas en cuenta si lo que se pretende es un derecho penal autoritativo y efectivo.<sup>194</sup> Por el contrario, cuando la prohibición penal coincide con la moral positiva, es decir, con lo que la sociedad como un todo considera moralmente incorrecto, la ley positiva y las normas morales se refuerzan mutua o recíprocamente.<sup>195</sup> En definitiva, si solo se criminaliza una clase de conducta porque causa daño pero no es moralmente incorrecta, se estaría criminalizando algo que está bien. De hacerse esto, se generaría un derecho penal que se vería fácilmente deslegitimado frente a la sociedad.<sup>196</sup> Al respecto, GREEN señala que el “vacío” (*gap*) que existe entre el derecho penal y los comportamientos considerados inmorales por una comunidad en general es, precisamente, el núcleo de la crítica a la sobrecriminalización.<sup>197</sup>

Igualmente, se sostiene que las personas están unidas a las leyes no solamente como sujetos y agentes morales, sino también como ciudadanos de una democracia liberal.<sup>198</sup> Esto significaría que la voz de la ley sería su propia voz colectiva y cívica, esto es, “es una voz en la que nos hablamos a nosotros mismos, como ciudadanos, sobre los valores compartidos y los objetivos sobre los cuales está constituida nuestra empresa cívica como cuerpo político”.<sup>199</sup> Y si la ley se dirige a los ciudadanos, debería hacerlo en términos de los valores que supuestamente estructuran una sociedad.<sup>200</sup>

## X. Conclusiones

a) La incorrección moral es utilizada, de hecho, por el legislador al decidir si una clase de conducta debe ser criminalizada y también para determinar su escala penal. Así, algunos tipos penales prevén un “estigma especial” para reprochar cierta clase de conductas que son moralmente incorrectas de un modo particular.<sup>201</sup>

b) Es posible diferenciar entre la incorrección moral y el daño de una conducta o de los comportamientos: son requisitos autónomos y no deben ser confundidos.

---

<sup>194</sup> GREEN/KUGLER, *supra* nota 192, p. 451.

<sup>195</sup> GREEN, *supra* nota 11, p. 46.

<sup>196</sup> VERDE, *supra* nota 39.

<sup>197</sup> GREEN, *supra* nota 11, p. 46.

<sup>198</sup> DUFF, *supra* nota 56, p. 49.

<sup>199</sup> DUFF, *supra* nota 56, p. 50.

<sup>200</sup> DUFF, *supra* nota 56, p. 86.

<sup>201</sup> Cfr. RUSCA, *supra* nota 8, p. 89.

c) La incorrección moral es útil en los análisis descriptivos de parte especial de derecho penal, realizados por jueces y otros intérpretes. Lo es porque, precisamente, posibilita que ciertos tipos puedan distinguirse en su especificidad, según su particular incorrección moral.

d) La incorrección moral debe ser un requisito de una criminalización legítima. En un Estado liberal de derecho, esto puede fundamentarse mediante el principio de proporcionalidad, de no instrumentalización, de efectividad y democrático.

## XI. Bibliografía

ALCHOURRÓN, Carlos/BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1998.

AMBOS, Kai, “Bien jurídico y Harm Principle: Bases teóricas para determinar la «función global» del derecho penal internacional – Una segunda contribución para una teoría coherente del derecho penal internacional”, en *Revista de derecho penal y criminología*, 3.ª Época, n.º 10, 2013, pp. 343-378.

AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, Athenäum, 1972.

BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal – Parte General*, Santa Fe de Bogotá, TEMIS, 1996.

BIRNBACHER, Dieter, *Analytische Einführung in die Ethik*, 3.ª ed., Berlín/Boston, De Gruyter, 2013.

COCA VILA, Ivó, “La colisión “deficitaria” de deberes. Consideraciones sobre la exclusión del injusto omisivo en ejecución de actos de salvamento supererogatorios”, en *En Letra: Derecho Penal*, año IV, n.º 6, 2018, pp. 52-88.

DEVLIN, Patrick, *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965.

DUFF, R.A., *Answering for Crime – Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2007.

FEINBERG, Joel, *Harmless Wrongdoing. The Moral Limits of the Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1987.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 8 (2019)

---

—, *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 1984.

FERRANTE, Marcelo, “Filosofía del derecho penal”, en FABRA ZAMORA, *Jorge Luis*/SPECTOR, *Ezequiel* (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol. 3, 2015, pp. 2087-2108. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/13.pdf> [enlace verificado el día 22 de mayo de 2019].

FLETCHER, George P., *Loyalty – An Essay on the Morality of Relationships*, Nueva York/Oxford, Oxford University Press, 1993.

FRISCH, Wolfgang, “Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens”, en HEFENDEHL, Roland/VON HIRSCH, Andrew/WOHLERS, Wolfgang (eds.), *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 215-238.

GARDNER, John/SHUTE, Stephen, “The Wrongness of Rape”, en GARDNER, *John*, *Offences and Defences – Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2007, pp. 1-32.

GARGARELLA, Roberto, “La constitución de la democracia deliberativa según Carlos Nino”, en *Revista de la Universidad de Palermo*, año 3, n.º 1, 1998, pp. 193-198.

GRECO, Luís, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht – Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*, Berlín, Duncker & Humblot, 2009.

—, “Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 49, 2004, pp. 89-147.

GREEN, Stuart P., “What is Wrong with Tax Evasion?”, en *Houston Business and Tax Journal*, 2009, pp. 220-233.

—, *Lying, Cheating and Stealing – A Moral Theory of White-Collar Crime*, Nueva York, Oxford University Press, 2006.

GREEN, Stuart P./KUGLER, Matthew B., “When is it Wrong to Trade Stocks on the Basis of Inside Information? Public Views of the Morality of Insider Trading”, en *Fordham Urban Law Journal*, vol. 39, 2011, pp. 445-484.

GREWENDORF, Günther/MEGGLE, Georg, “Zur Struktur des metaethischen Diskurses”, en *Seminar: Sprache und Ethik – Zur Entwicklung der Metaethik*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1974, pp. 7-31.

HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992.

HARCOURT, Bernard E., “The collapse of the harm principle”, en *Journal of criminal law and criminology*, vol. 90, art. 3, 1999, pp. 109-194.

HART, H.L.A., “Social Solidarity and the Enforcement of Morality”, en *The University of Chicago Law Review*, vol. 35, art. 2, 1967, pp. 1-13.

—, *Law, Liberty and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1963.

HASSEMER, Winfried, “Rechtsphilosophie, Rechtswissenschaft, Rechtspolitik – am Beispiel des Strafrechts”, en *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden, Nomos, 2000, pp. 68-86.

—, *Theorie und Soziologie*, Frankfurt, Athenäum, 1973.

HASSEMER, Winfried/NEUMANN, Ullfrid, “Vor § 1”, en NK-StGB, 5.<sup>a</sup> ed., Baden-Baden, Nomos, 2017, n.º m. 122

HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Colonia/Berlín/Bonn/Múnich, Heymanns, 2002.

HOFSTÄTTER, Peter. R., “Strafe und Vorwerfbarkeit in sozialpsychologischer Sicht”, en BAUER, Fritz/BÜRGER-PRINZ, Hans/GIESE, Hans/JÄGER, Herbert (eds.): *Sexualität und Verbrechen – Beiträge zur Strafrechtsreform*, Frankfurt am Main/Hamburg, Fischer Bücherei, 1963, pp. 118-128.

HÖRNLE, Tatjana, *Grob anstößiges Verhalten – Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2005.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 8 (2019)

---

HUSAK, Douglas, *Overcriminalization – The limits of the criminal law*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.

—, “The Criminal Law as Last Resort”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n.º 2, 2004, pp. 207-235.

JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1996.

JOECKS, Wolfgang, “Einl.”, en *MüKo I*, 2.ª ed., Múnich, Beck, 2011, n.º m. 26.

KINDHÄUSER, Urs, “§ 216”, en *NK StGB*, 7.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2017, n.º m. 1.

—, “Pflichtverletzung und Schadenszurechnung bei der Untreue (§ 266 StGB)”, en DÖLLING, Dieter (ed.), *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Berlín, Duncker & Humblot, 2003, pp. 709-726.

KRÜGER, Matthias, *Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlín, 2000.

KÜHL, Kristian, “Strafrecht und Naturrecht – Strafrecht und Moral”, en HECKER, Bernd/WEIBER, Bettina/BRAND, Christian (eds.), *Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag*, Múnich, C.H. Beck, 2018, pp. 563-570.

LABSCH, Karl Heinz, *Untreue (§ 266 StGB): Grenzen und Möglichkeiten einer neuen Deutung*, Lübeck, Schmidt-Römhild, 1983.

MACKIE, J.L., *Ethics. Inventing right and wrong*, Penguin Books, 1979 [1977].

MILL, John Stuart, *Utilitarianism, Liberty, and Representative Government, Part II: On Liberty*, Londres, Dent, 1948 [1859].

MIRÓ LLINARES, Fernando, “La criminalización de conductas ‘ofensivas’. A propósito del debate anglosajón sobre los ‘límites morales’ del Derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17-23, 2015, pp. 1-65.

MOORE, Michael S., *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Oxford/Nueva York, Oxford University Press, 1997.

NINO, Carlos S., *Los límites de la responsabilidad penal – Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980.

—, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.

OLIVARES, Nicolás E., “Un enfoque sistémico de la democracia deliberativa”, en *Revista de la Facultad de Derecho (Universidad Nacional de Córdoba)*, vol. 4, n.º 2, 2013, pp. 225-243.

OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 7.ª ed., Berlín, De Gruyter, 2005.

PERALTA, José M., “La explotación: una discusión filosófica sobre su ilicitud”, en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique *et al.* (eds.), *Dogmática del derecho penal: Material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a Schünemann*, Lima, Gaceta Jurídica, 2014, pp. 491-510.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, “El ilícito material del delito tributario – En torno a la legitimidad de la criminalización de incumplimientos fiscales”, en AMARANTE, Diego A. *et al.*, *Institutos de Derecho Penal Tributario*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2017, pp. 69-103.

—, “Corruption as Disloyalty?”, en ZIMMERMANN, Frank (ed.), *Criminal Liability of Political Decision-Makers*, Cham (Suiza), Springer, 2017.

—, “Besprechung der iberoamerikanischen Festschrift für Bernd Schünemann – insbesondere mit Blick auf den Wissenschaftsdialog”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2016, pp. 341-347.

RICKEN, Friedo, *Allgemeine Ethik*, 5.ª ed., Stuttgart, Kohlhammer, 2013.

ROJAS, Luis E., “El tipo de administración desleal en el Derecho penal alemán”, en *Revista Penal*, n.º 23, 2009, pp. 138-171.

ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.ª ed., Múnich, C. H. Beck, 2006.

RUSCA, Bruno, “¿Por qué está mal aceptar y ofrecer sobornos? Una discusión de la tesis de la mercantilización del gobierno”, en *En Letra: Derecho Penal*, año I, n.º 2, 2016, pp. 86-104.

EN LETRA: DERECHO PENAL

Año V, número 8 (2019)

---

SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo, “El problema moral: análisis conceptual y retorno al racionalismo”. Disponible en: [https://www.academia.edu/36715792/El\\_problema\\_moral\\_Analisis\\_conceptual\\_y\\_retorno\\_al\\_racionalismo](https://www.academia.edu/36715792/El_problema_moral_Analisis_conceptual_y_retorno_al_racionalismo) [enlace verificado el día 22 de mayo de 2019].

STREE, Walter/KINZIG, Jörg, “§§ 38”, en S/S-StGB, 29.<sup>a</sup> ed., Múnich, Beck, 2014, n.º m. 1.

STRATENWERTH, Günter, “Zum Begriff des „Rechtsgutes“”, en ESER, Albin/SCHITTENHELM, Ulrike/SCHUMANN, Heribert (eds.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, Múnich, C.H. Beck, 1998, pp. 377-391.

VERDE, Alejandra, *La receptación como delito contra el mercado formal*, Madrid y otras, Marcial Pons, 2019.

—, “La colisión de deberes en derecho penal’ de Ivó Coca Vila. ¿Disolución de colisiones de deberes jurídicos?”, en *En Letra: Derecho Penal*, año IV, n.º 6, 2018, pp. 254-279.

VON HIRSCH, Andreas, “Harm and Wrongdoing”, Schädlichkeit und Verwerflichkeit als Begründung von Kriminalisierung“, en HEFENDEHL, Roland/HÖRNLE, Tatjana/GRECO, Luís (eds.), *Festschrift für Schünemann zum 70. Geburtstag*, Berlín, De Gruyter, 2014, pp. 83-92.

—, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*, Berlín, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005.

VON HIRSCH, Andreas/SIMESTER, A.P., *Crimes, Harms, and Wrongs – On the Principles of Criminalisation*, Oregon, Hart Publishing, 2011.

WITTIG, Petra, “Rechtsgutstheorie, “Harm Principle” und die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen”, en HEFENDEHL, Roland/VON HIRSCH, Andrew/WOHLERS, Wolfgang (eds.), *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 239-243.

WOODIWISS, Jo, “Beyond a single story – the importance of separating ‘harm’ from ‘wrongfulness’ and ‘sexual innocence’ from ‘childhood’ in contemporary narratives of childhood sexual abuse”, en *Sexualities Journal*, vol. 17, (1&2), 2014, pp. 139-158.