
LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES A LA CRIMINALIZACIÓN*

Ezequiel Horacio MONTI**

Fecha de recepción: 4 de julio de 2014
Fecha de aprobación: 31 de julio de 2014

Resumen

En este trabajo mi intención es realizar un análisis del artículo 19 de la Constitución Nacional. Para ello, procederé del siguiente modo. Primero, consideraré su estructura formal. Segundo, sostendré que su propósito es establecer qué razones son constitucionalmente admisibles para justificar el castigo de una conducta. Tercero, recapitularé una serie de principios que especifican razones para castigar y sostendré que el artículo 19 sólo admite cuatro de ellos. Por último, explicitaré los alcances de estos principios. La interpretación del 19 que defiendo se basará en la teoría liberal de la sociedad y el Estado y, en particular, en los principios complementarios de neutralidad estatal y autonomía.

* Este trabajo fue realizado en el marco del Proyecto de Investigación UBACyT *"Teoría y práctica del principio de autonomía del artículo 19 de la Constitución Nacional"*. Me gustaría agradecer especialmente a Patricio Enrique KENNY, Nahuel MAISLEY y Marcelo ALEGRE. Las discusiones que tuve con ellos y sus observaciones críticas y sugerencias han sido sumamente valiosas y, con seguridad, han contribuido a que este trabajo sea mejor de lo que hubiera sido de otra manera

** Abogado graduado de la Universidad de Buenos Aires, estudiante avanzado de filosofía (UBA) y miembro de la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico (SADAF). Actualmente, se desempeña como investigador en el marco del Proyecto UBACyT: *"Principio de autonomía, libertad de conciencia y libertad religiosa"*, dirigido por los Dres. Marcelo ALEGRE y Roberto GARGARELLA y como Jefe de Trabajos Prácticos de Teoría General del Derecho en la cátedra del Dr. ROSENKRANTZ (Facultad de Derecho, UBA). Asimismo, trabaja temas vinculados a la teoría del derecho y la lógica de normas en el marco del seminario de Lógica y Filosofía del Derecho, a cargo de los Dres. Eugenio BULYGIN y Hugo ZULETA (Facultad de Derecho, UBA).

Palabras clave

Artículo 19, Constitución Nacional – criminalización – principios limitadores – liberalismo – paternalismo – prevención – retribucionismo – principios constitucionales – deberes jurídicos – deberes morales – castigo.

Abstract

In this article I will try to analyse article 19 of the Argentinian Constitution, and I will organise the arguments in the following way. First of all, I will take into account the formal structure of the article. Secondly, I will argue that its purpose is to establish which reasons are constitutionally admissible to justify punishment for a conduct. Thirdly, I will summarise a set of principles which specify reasons to punish and I will assert that Article 19 just admits four of them. Lastly, I will set out the scope of these principles. My interpretation of Article 19 is based on a liberal theory of society and state and, in particular, on the complimentary principles of state neutrality and autonomy.

Keywords

Article 19, Constitution – criminalization – limiting principles – liberalism – paternalism – prevention – retributivism – constitutional principles – legal duties – punishment.

I. Introducción

El artículo 19 es una norma fundamental de nuestro ordenamiento constitucional. Entre otras cosas, aunque no exclusivamente,¹ porque establece severos límites al poder punitivo del estado. Según suele aceptarse, implica la recepción de principios, tesis o valores propios del liberalismo en relación a los límites morales del

1 Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, “CSJN”) ha considerado que el artículo 19 es relevante en materia de responsabilidad extracontractual (v. en este sentido, CSJN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, 21/09/2004, 327:3753; y CSJN, “Dfaz, Timoteo Filiberto c/ Vaspia S.A.”, 07/03/2006, 329:473). Si, como sugiero en este trabajo, la mejor interpretación del artículo 19 implica vincularlo con (cierta versión de) los principios de neutralidad estatal y autonomía, entonces, es de esperar que también tenga implicancias importantes respecto a otras instituciones jurídicas y no sólo respecto al derecho penal. Analizar las restricciones que el artículo 19 impone a estas otras instituciones es, sin duda, una cuestión que merece ser explorada. Excede, empero, los límites de este trabajo.

castigo. Se ha argumentado, en este sentido, que el artículo 19 es una expresión del principio de autonomía.²

Mi intención en este trabajo es analizar los alcances de este principio en materia penal. Para ello, procederé del siguiente modo. Primero, consideraré su estructura formal. Segundo, sostendré que su propósito es establecer qué razones son constitucionalmente admisibles para justificar el castigo de una conducta. Tercero, recapitularé una serie de principios que especifican razones para castigar y sostendré que el artículo 19 sólo admite cuatro de ellos. Por último, explicitaré los alcances de estos principios. La interpretación del 19 que defiendo se basará en la teoría liberal de la sociedad y el Estado y, en particular, en los principios complementarios de neutralidad estatal y autonomía.

II. La estructura del artículo 19

El artículo 19 consagra el derecho de los individuos a realizar “acciones privadas que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero”.

Esto no debe interpretarse en el sentido de que sólo tienen derecho a realizar un subconjunto de acciones privadas, a saber, las que no ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero. Por el contrario, la segunda parte es una explicitación de lo que debe entenderse por “acciones privadas” en este contexto. En este sentido, acciones privadas *son* aquéllas que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero.³

Este derecho de los individuos tiene tres aspectos. En este orden de ideas, el artículo 19 establece que:

- a) el Estado no tiene la potestad de prohibir a los ciudadanos la realización de acciones privadas (esto implica que los individuos tienen un correlativo derecho-inmunidad en el esquema de HOHFELD [1913]);
- b) los individuos no pueden ser obligados a omitir acciones que no están prohibidas (esto es, tienen un derecho-pretensión a no ser coaccionados para

² NINO (1992) sostiene una más fuerte que ésta, a saber, que “las descripciones en términos de *acciones privadas, acciones que no ofenden al orden y la moral pública y acciones que no perjudican a terceros* son estrictamente equivalente, de modo que si una acción no daña a una persona distinta del agente, ésta es una acción privada” (sin cursiva en el original) (p.168).

³ *Ibid.*

omitirlas, por cualquier medio, incluidas las sanciones penales, lo que implica una correlativa obligación del estado);

- c) si una acción no está prohibida entonces el individuo tiene el derecho-libertad de realizarla (esto es así por definición; en el esquema de HOHFELD un individuo tiene la libertad de realizar la acción “x” si y sólo si no hay un tercero que tenga un derecho-pretensión a que se abstenga de “x”).

Por lo tanto, si una acción es privada en los términos del 19, los individuos tienen la libertad de realizarla, son inmunes a su prohibición (*i.e.*, el Estado carece de potestad para prohibirla) y tienen el derecho-pretensión a no ser coaccionados para omitirla (*i.e.*, el Estado está obligado a no coaccionarlos para que se abstengan de ella).

Esta es, por así decirlo, la “estructura formal” del artículo 19. Ahora bien, la existencia de una norma constitucional que tenga la estructura formal del artículo 19 no garantiza, ni mucho menos, que el sistema jurídico sea liberal o que respete adecuadamente la autonomía de las personas. Si, como se muchas veces se ha sostenido, el artículo 19 responde a un “espíritu liberal” es, más bien, por el modo en que se define a las “acciones privadas”. Sin embargo, el alcance de esta noción está sumamente controvertido.

El primer punto que quiero defender es que lo que hace el artículo 19 es regular las razones que el Estado puede invocar para justificar el castigo de una conducta. En este sentido, establece los principios limitadores de la libertad que son constitucionalmente admisibles.⁴ Esas razones o principios son tres y sólo tres: el orden, la moral pública y el perjuicio a terceros. Si no existen razones de orden, moral pública o perjuicio a terceros para castigar una acción, entonces, se trata de una acción privada que los individuos tienen el derecho constitucional de realizar.

En este contexto, una teoría del artículo 19 debe establecer dos cosas. Primero, explicitar los alcances de las razones para castigar que son constitucionalmente admisibles. Segundo, explicitar qué razones de las que suelen invocarse para justificar el castigo de una conducta no son constitucionalmente admisibles.

En lo que sigue, procederé del siguiente modo. Primero, expondré sintéticamente los principios limitadores de la libertad que son usualmente discutidos en la literatura iusfilosófica y vincularé a cuatro de ellos con las tres razones a las que se refiere el artículo 19. Los restantes serán, por ende, razones que la constitución no admite como razones

4 Sobre la idea de principios limitadores de la libertad, v. FEINBERG, (1984: 7).

legítimas para castigar una conducta. Tercero, explicitaré los alcances de los principios que la constitución sí admite.

III. Razones para castigar: principios limitadores de la libertad

Los principios limitadores de la libertad que usualmente se discuten en la literatura son los siguientes:

- a) Principio del daño: es una razón para castigar un tipo de acción el hecho de que esa acción dañe a terceros (esto es, a individuos distintos del agente).⁵
- b) Paternalismo: es una razón para castigar un tipo de acción el hecho de que esa acción dañe al agente.
- c) Perfeccionismo: es una razón para castigar una acción el hecho de que sea inmoral conforme a ideales de excelencia personal correctos o socialmente aceptados.⁶
- d) Moralismo jurídico simple: es una razón para castigar un tipo de acción el hecho de que sea inmoral por la razón que sea (no se conforma a un ideal de excelencia personal correcto o aceptado o a principios morales intersubjetivos).
- e) Moralismo jurídico público: es una razón para castigar un tipo de acción el hecho de que sea "públicamente" inmoral.
- f) Principio de la ofensa: es una razón para castigar una acción el hecho de que ofenda a terceros.
- g) Principio de la libertad: es una razón para castigar una acción el hecho de que interfiera con las acciones legítimas de terceros (aun cuando no los dañe).
- h) Principio del orden: es una razón para castigar una acción el hecho de esté prohibida por reglas de una práctica institucional justificada.
- i) Principio instrumental del orden: es una razón para castigar un tipo de acción prohibida por las reglas de una práctica institucional justificada, el hecho de que, si no se la castigara, ello socavaría la práctica.

⁵ Más adelante realizaré aclaraciones relevantes respecto al alcance de este principio. En particular, introduciré una distinción entre daño y perjuicio que nos permitirá, a su vez, distinguir entre el principio del daño y el principio del perjuicio. Sostendré que la tradición liberal millleana ha siempre defendido el más estricto principio del perjuicio. A esta altura, empero, esa distinción no es necesaria.

⁶ Sobre la distinción entre ideales de excelencia personal y principios morales intersubjetivos, v. NINO (1989: 229) y ver p. 49.

Corresponde realizar cuatro aclaraciones generales respecto a estos principios.

Primero, son principios dirigidos al legislador. Esa es la razón por la cual formulé con relación a acciones tipo y no a acciones caso. El punto es determinar qué tipos de acciones pueden ser criminalizados y no si corresponde o no castigar una acción en un caso concreto.

Segundo, todas enuncian razones para castigar. Sin embargo, en ningún caso se trata de razones concluyentes. En particular, si se defiende una teoría preventiva del castigo, entonces las consideraciones instrumentales son relevantes. Por ejemplo, el hecho de que el homicidio sea una acción que daña a terceros es una razón para castigarlo. Sin embargo, si castigar el homicidio causa más males que los que evita, entonces, no está justificado castigarlo, todas las cosas consideradas.

Tercero, los principios, en general,⁷ admiten dos interpretaciones que llamaré preventiva y retributiva. Éstas pueden expresarse, respectivamente, en los siguientes términos.

Interpretación preventiva: es una razón para castigar una acción el hecho de que castigarla prevenga acciones con la propiedad "x" (donde "x" = propiedad relevante seleccionada por el principio respectivo, *i.e.*, daña a terceros, daña al agente, es inmoral según un ideal de excelencia personal, etc.).

Interpretación retributiva: es una razón para castigar una acción el hecho de que tenga la propiedad "x" (donde "x" = propiedad relevante seleccionada por el principio respectivo, *i.e.*, daña a terceros, daña al agente, es inmoral según un ideal de excelencia personal, etc.).

En su interpretación preventiva los principios imponen restricciones al tipo de acciones que el Estado puede legítimamente prevenir o disuadir por medio del castigo. En su interpretación retributiva los principios imponen restricciones al tipo de acciones que el Estado puede castigar.

La elección de qué interpretación adoptar está vinculada, por supuesto, a la teoría de la justificación de la pena que se adopte. La relación, empero, no es lineal. Por ejemplo, uno podría adoptar una teoría preventiva de la pena y, aun así, insistir en que, por ejemplo,

⁷ El principio instrumental del orden no admite estas dos formulaciones. Volveré sobre este punto más adelante; ver p. 56.

sólo es legítimo castigar acciones inmorales. En este caso, la razón para castigar es prevenir acciones con la propiedad relevante y el principio de inmoralidad en su formulación retributiva es una condición de legitimidad del castigo.

Cuarto, la conjunción de dos o más principios es también un principio (distinto de la aceptación de cada uno de ellos separadamente). Así, por ejemplo, uno podría conjugar el principio del daño (en adelante, "PD") y el principio del moralismo jurídico simple (en adelante, "MJS") de modo tal que:

PD + MJS (formulación retributiva) = es una razón para castigar una acción el hecho de que dañe a terceros y sea inmoral.

Aceptar este principio es relevantemente diferente de aceptar los dos principios separadamente porque según el principio conjunción:

- a) el que la acción sea dañosa no es, por sí, una razón, ni siquiera *pro tanto* para castigarla;
- b) el que sea inmoral no es, por sí, una razón, ni siquiera *pro tanto*, para castigarla;
- c) sólo es una razón, *pro tanto*, para castigarla el hecho de que sea dañosa e inmoral.

El liberalismo, en sus versiones más extremas, se ha limitado a aceptar el principio del daño y, entendiendo que toda restricción de la libertad es un daño, el principio de la libertad; y ha rechazado, con especial énfasis, el paternalismo y el perfeccionismo. Esta es, en efecto, la tesis que defiende MILL (1859).

Una posición liberal moderada rechaza igualmente el perfeccionismo y el paternalismo pero acepta, además del principio del daño, el principio de la ofensa (v., por ejemplo, FEINBERG [1984]).

Hay liberales que, incluso, aceptan ciertas formas de paternalismo (v., por ejemplo, NINO [1989] y HART [1963]).

Mi tesis es la siguiente. El artículo 19 sólo admite como principios limitadores de la libertad el principio del daño (perjuicio a terceros), el principio de la ofensa (moral pública), el principio de la libertad y el principio instrumental del orden (orden), correctamente entendidos y complementados. Rechaza, en cambio, el paternalismo, el perfeccionismo y el moralismo jurídico simple. Sostendré además que, en principio, no hay razones para postular que la constitución esté comprometida con alguna de las formulaciones (preventiva o retributiva) de esos principios. Por lo tanto, una acción es

privada en el sentido constitucional sólo si no tiene la propiedad relevante y la acción que se pretende disuadir castigándola tampoco posee la propiedad relevante

En lo que sigue, procuraré exponer brevemente las razones que justifican esta interpretación y especificar los alcances de estos principios. Mi guía, como dije, serán los principios de autonomía y neutralidad estatal que, según argumentaré, subyacen al clásico principio del daño en su formulación distintivamente liberal. Mi desafío, posteriormente, será mostrar que esos principios son compatibles o, incluso, que requieren, admitir como válidas otras razones para castigar además del daño a terceros (principio de la libertad, principio instrumental del orden y principio de la ofensa).

IV. Perjuicio a terceros: daño, violación de derechos y perjuicio

Es una tesis usual sostener que el artículo 19 recepta el principio del daño. Es usual, asimismo, entender que el principio del daño es excluyente, esto es, que establece que la *única* razón para castigar una acción es que dañe a terceros (la constitución sería, entonces, milleana). Esta segunda tesis es, ciertamente, controversial (yo mismo, como he señalado, la rechazo).

La primera, en cambio, parece relativamente incontrovertible: ¿quién negaría que nuestra constitución admite que el hecho de que una acción sea dañosa es una razón para castigarla?

No obstante, si se acepta que el daño es una razón constitucionalmente admisible para castigar y que la constitución establece límites a las acciones que son susceptibles de ser criminalizadas, entonces aclarar los alcances de la noción de “daño” es sumamente relevante. En efecto, la adopción de una noción demasiado amplia de “daño” podría frustrar el propósito limitador de la constitución: si toda conducta es, en algún sentido, dañosa, entonces, toda conducta es susceptible de ser criminalizada.

La elucidación conceptual más sofisticada del concepto del daño es, a mi entender, la de FEINBERG (1984). En una primera aproximación, FEINBERG define al daño como la afectación negativa de un interés. La idea de interés es a, su vez, comprendida en los siguientes términos: un individuo tiene un interés en “x” si puede ganar o perder de acuerdo a la condición de “x”. El modelo que FEINBERG usa es el siguiente. Si una persona invierte en las acciones de una compañía entonces tiene un interés en esa compañía: si a la compañía le va bien, gana; si le va mal, pierde. Todos los intereses implican, en este sentido, un tipo de riesgo. Uno, por así decirlo, “invierte” en diferentes cosas y ellas pueden florecer o perecer.

Así, los intereses pueden ser “avanzados” o “retrasados” según cómo les vaya a las cosas en las que se tiene un interés. En este orden de ideas, un daño es un “retraso” (*set back*) de un interés de un individuo. FEINBERG usa deliberadamente metáforas direccionales relacionadas con el avance de algo para describir la afectación negativa de un interés: puede ponérselo en un punto anterior del camino, bloquearse o hacerse más lento su avance, quitárselo del camino, etc. La idea es que los intereses que son afectados para mejor o para peor por un evento están en un proceso de desarrollo con su propia dirección y *momentum* antes de que el evento ocurra. En este orden de ideas, los intereses y su evolución pueden ser representados en un gráfico de curva. Sobre esta base, operan dos sentidos de daño: a) una noción relativa de daño, según la cual un evento daña a un individuo si sus intereses están en una peor posición que lo que estaban antes de que ocurra; y b) una noción umbral de daño según la cual un evento daña a un individuo si causa que sus intereses caigan debajo de cierto umbral.

Ahora bien, esta primera aproximación parece, empero, insuficiente a efectos de limitar la potestad punitiva del estado. En este sentido, MILL (1859: 159), reconstruyendo la posición de eventuales objetores, observa que “[n]inguna persona es un ser enteramente aislado; es imposible que ninguna persona haga nada serio o permanente perjudicial para sí, sin que el daño alcance por lo menos a sus relaciones más próximas, y frecuentemente a las más lejanas”.

La objeción es que si una acción es perjudicial para el agente entonces es perjudicial para terceros. Esto implicaría que no tiene sentido distinguir entre justificaciones paternalistas (y, quizás, incluso perfeccionistas) y justificaciones basadas en la protección de los intereses de terceros.

Esta objeción es, en parte, infundada. En este sentido, NINO (1979: 73-4) argumenta que en muchos de los casos las consecuencias perjudiciales que se invocan no son imputables a las respectivas acciones de acuerdo a una interpretación más o menos estricta de los criterios corrientes de adscripción de causalidad. Un supuesto particularmente relevante es el siguiente: la atribución de un resultado causal a cierta acción queda, en general, excluida cuando entre ella y el resultado interviniente hay otra acción voluntaria, en cuyo caso, el resultado será efecto causal de la segunda acción.⁸ Esto es lo que, para NINO, hace relevante al consentimiento de la “víctima”. Si el daño requiere una acción voluntaria de la víctima, entonces, es ésta quien causa el daño. Este es un punto fundamental porque, en general, para los liberales las actividades entre adultos que consienten están fuera de la potestad punitiva del estado.

8 Tengo ciertas reservas a este respecto. Son, empero, irrelevantes en este contexto.

La advertencia de NINO en el sentido de evaluar estrictamente las relaciones causales es sumamente relevante. Sin embargo, entiendo que su respuesta es insuficiente e inadecuada. Es insuficiente porque en muchos casos que usualmente se considera que no son alcanzados por el principio del daño no hay dudas respecto a la relación de causalidad entre la acción y el perjuicio a terceros. Es inadecuada porque al vincular la relevancia del consentimiento con la existencia de una relación causal desfigura el rol normativo que tiene el consentimiento.

Un ejemplo servirá para aclarar este punto. Consideremos una pelea de boxeo entre "A" y "B". Supongamos que "A" lesiona severamente a "B" y que se respetaron todas las reglas del boxeo que habían sido previamente consentidas por ambas partes. Es usual considerar que, dado que se trata de una actividad consensual entre adultos, esta pelea no puede ser penada invocando el principio del daño. NINO, empero, no tiene modo de dar cuenta esto. En efecto, aquí no hay dudas sobre la relación causal entre las acciones de "A" y las lesiones de "B" (de hecho, es precisamente porque fue "A" quien causó las lesiones que, relevantemente, ganó la pelea). Por lo tanto, el principio del daño, aun con las aclaraciones de NINO, parecería que permite penar esta actividad (insuficiencia). La razón es que, al limitar la relevancia del consentimiento a la interrupción del nexo causal, no da cuenta adecuadamente del rol del consentimiento en la teoría liberal y su importancia para explicitar los alcances del principio del daño (inadecuación).

Debemos, por ende, explicitar porqué el consentimiento es relevante, esto es, por qué los liberales suelen considerar que las actividades consensuadas, aun cuando involucren acciones que causan un daño a individuos distintos del agente, no son alcanzadas por el principio del daño. Esto requerirá suplementar la noción de daño con consideraciones normativas. Una vez realizada esta suplementación estaremos en mejores condiciones para responder a la objeción inicial.

En este orden de ideas, entiendo que la razón por la que el consentimiento es relevante está vinculada con la concepción liberal de la sociedad y del estado. Ésta ha sido expresada por PETRACCHI en los siguientes términos: "no es función del Estado establecer el contenido de los modelos de excelencia ética de los individuos que lo componen, sino asegurar las pautas de una convivencia posible y racional, al cabo pacífica que brinda una igual protección a todos los miembros de una comunidad".⁹ Esta idea está ligada, fundamentalmente, a los principios complementarios de autonomía y neutralidad estatal.

⁹ CSJN, "Bazterrica, Gustavo Mario s/ tenencia de estupefacientes", sentencia del 29 de agosto de 1986, *Fallos* 308:1392.

Un modo de plantear estos principios es, como lo hizo NINO, en términos de la distinción entre ideales de excelencia personal y principios morales intersubjetivos. Los ideales de excelencia personal (moral personal) prescriben o prohíben ciertas acciones y planes de vida por los efectos que tienen en el carácter moral del agente según ciertos modelos de virtud. Los principios morales intersubjetivos (moral social o intersubjetiva) prescriben o prohíben ciertas acciones por sus efectos respecto del bienestar de otros individuos distintos del agente (NINO [1989: 229]).

Dada esta distinción, la concepción liberal puede expresarse en los siguientes términos. El Estado debe justificar moralmente sus acciones. No obstante, no cualquier principio moral sirve para justificar la actuación estatal. Al Estado sólo le compete la moralidad intersubjetiva. Los ciudadanos, por su parte, son libres de adoptar los ideales de excelencia personal que crean correctos. El Estado debe ser neutral respecto a los ideales de excelencia personal: su función se limita a regular las relaciones de los individuos entre sí y con el Estado en función de principios morales intersubjetivos.

Esto, aún, no soluciona el problema. La objeción inicial era, precisamente, que todas las acciones que son personalmente relevantes son, a su vez, intersubjetivamente relevantes. Por otro lado, tampoco explica suficientemente la relevancia normativa del consentimiento (¿acaso todas las acciones consentidas son, desde el punto de vista de la moral intersubjetiva, moralmente correctas o permitidas?).

Ello requiere una distinción ulterior entre distintos tipos de principios morales intersubjetivos. Esta distinción se puede trazar en términos de razones de tercera persona (agencialmente neutrales) y razones de segunda persona (agencialmente relativas). Esta distinción se puede explicar adecuadamente a partir del siguiente ejemplo.¹⁰

“A” le pisa fuertemente el pie a “B” causándole dolor. Hay dos modos en que “B” podría intentar dar una razón a “A” para que se detenga. La primera sería mostrarle que el mundo es mejor cuanto menos sufrimiento hay y que si levanta el pie entonces habría menos sufrimiento. Esta no es una razón que sea esencialmente *para él* en tanto agente que está causando el daño. Es una razón que existe para *cualquiera* que esté en posición de aliviar el dolor de “B” y, por lo tanto, para él, que está en una situación particularmente ventajosa para hacerlo.

10 El ejemplo y el modo de comprender esta distinción lo tomo de DARWALL (2009).

La segunda sería invocar un *derecho o pretensión válida* de no ser pisado. “B” realizaría esta demanda como la persona cuyo pie está siendo pisado. La razón no se aplicaría a “A” simplemente como alguien que está en posición de alterar un estado de cosas malo sino en tanto está *causando* un daño gratuitamente a otra persona que tiene el derecho y la autoridad para reclamar que no se lo haga. La validez de la pretensión está basada en el derecho/autoridad de “B” para reclamar que “A” se abstenga de hacer lo que está haciendo. No cumplir con las demandas legítimas de “B” lo hace moralmente responsable frente a él e, incluso, frente a terceros. Esta segunda razón es de segunda persona porque, a diferencia de la primera, no es conceptualmente independiente de las relaciones de segunda persona involucradas en realizar demandas y responsabilizar. En este sentido, “una razón de segunda persona es una cuya validez depende de las presupuestos de autoridad y responsabilidad entre personas y, por lo tanto, de la posibilidad de que las razones sean dirigidas de persona a persona en el marco de estas relaciones” (DARWALL, 2009). Los derechos son, precisamente, demandas de segunda persona de este tipo.

Teniendo en cuenta esta distinción entiendo que la teoría liberal del Estado puede reconstruirse en los siguientes términos. El Estado sólo tiene competencia en materia de moralidad intersubjetiva (principio de neutralidad). El uso de la coacción, empero, sólo es legítima para la protección de los *derechos*¹¹ (fundados en relaciones de autoridad de segunda persona) de los individuos (principio de autonomía personal). Esto es, para reducir aquellas acciones que los individuos tienen razones de *segunda persona* para omitir. No toda acción inmoral desde el punto de vista intersubjetivo amerita, entonces, el ejercicio de la coacción estatal.

Esto explica el rol fundamental del consentimiento en la teoría liberal. El punto es que si “A” consiente una acción “x” de “B” entonces “x” no constituye una violación de los derechos de “A”. La autoridad de “A” implica la competencia para permitir realizar a “B” aquello que tiene derecho a que no haga. Esta idea suele expresarse utilizando la fórmula latina *volenti non fit injuria*. La razón que subyace a la máxima es la siguiente: si alguien consiente una acción entonces es, en algún sentido, autor o partícipe de esa acción y, por supuesto, uno no puede reclamarse ni responsabilizarse a sí mismo. Por lo tanto, las razones de segunda persona sólo pueden ser legítimamente esgrimidas contra acciones de aquél quien invoca el derecho no ha consentido.

¹¹ Es importante aclarar que nos referimos aquí a *derechos morales* que los individuos tienen independientemente del derecho positivo. No obstante, como veremos más adelante, los derechos y deberes específicamente jurídicos también justifican, en ciertas condiciones, el uso de la coacción.

Por otro lado, esta comprensión del principio del daño permite complementar la respuesta de NINO a la objeción inicial según la cual toda acción perjudicial para el agente es, por ello, perjudicial para terceros. Mi respuesta sería, básicamente, la siguiente. En primer lugar, como dice NINO (1979), en muchos de los casos que suelen citarse para probar este punto, no hay una relación causal adecuada entre la acción autodañosa y el daño a terceros. En segundo lugar, el hecho de que para que una acción sea perjudicial sea necesario que, además de dañar a terceros, importe una violación de sus derechos, restringe severamente el tipo de acciones que son perjudiciales. Ello por dos razones. Primero, porque el consentimiento del tercero excluye que se estén violando sus derechos, aun cuando la acción lo dañe. Segundo, establecer que una acción daña a un tercero sin su consentimiento no es suficiente para establecer que viola sus derechos.

Este segundo punto puede explicarse a partir del siguiente ejemplo. El consumo de drogas, supongamos, disminuye la productividad. Esto implica que el consumo de drogas, al disminuir la productividad, afecta negativamente intereses de terceros. El principio del daño, sin las aclaraciones que hice, implicaría que hay una razón para castigar el consumo de drogas. La cuestión es distinta si exigimos que la acción dañosa, además, viole los derechos de terceros. En este caso, debemos preguntarnos si los individuos, en general, tienen un derecho a que el resto omita realizar acciones que disminuyan su productividad. De lo contrario, consumir drogas, por el sólo hecho de disminuir la productividad, no sería perjudicial en el sentido relevante, porque no implicaría violar los derechos de aquéllos cuyos intereses están siendo afectados. Ahora bien, aunque es plausible sostener que el consumo de drogas afecta intereses de terceros porque reduce la productividad del consumidor, creo que nadie se comprometería con la tesis de que tenemos un derecho a que los otros no disminuyan su productividad. Esto muestra que el hecho de que una acción dañe a terceros sin su consentimiento no es condición suficiente para afirmar que éstos tienen un derecho a que los otros se abstengan de ella. Esto último exige realizar consideraciones adicionales. No estoy en condiciones ahora de explicitar adecuadamente la estructura de nuestros razonamientos sobre derechos y, por supuesto, habrá controversias acerca de qué derechos tienen los individuos. El punto aquí es, simplemente, que el tipo de consideraciones involucradas en la afirmación de que una acción viola los derechos de terceros exceden a la mera constatación de que causan un daño no consentido.

Estamos en condiciones ahora de volver al principio del daño. En este sentido, corresponde distinguir entre daño (entendido sólo como afectación de intereses) y perjuicio (que involucra, además, el componente normativo de una violación de derechos). El 19 requiere no sólo que la acción dañe a terceros sino, además, que los perjudique. Las acciones que competen al derecho penal son, entonces, sólo las que dañan a terceros violando sus derechos, esto es, las que *perjudican* a terceros. Esto nos permite formular el siguiente principio:

Principio del perjuicio: es una razón para castigar un tipo de acción el hecho de que dañe a un tercero de un modo que viole sus derechos.

El principio del perjuicio es, así, una conjunción del principio del daño y del moralismo jurídico público, si por “público” se entiende acciones que son inmorales por violar los derechos de los individuos.

Este es el modo, creo, que el principio del daño ha sido usualmente comprendido en la tradición liberal. Esta formulación se compromete con el ideal social de una sociedad de individuos autónomos, los límites de cuyo accionar son, exclusivamente, los derechos de los demás.

Este modo de plantear la cuestión es, empero, sumamente relevante para clarificar diversos problemas. La justificación del paternalismo es uno de ellos. La posición de NINO a este respecto es ilustrativa. NINO, como vimos, sostiene que el Estado sólo puede justificar la coacción en principios de moralidad intersubjetiva (principio de neutralidad estatal). Por lo tanto, sostiene, no hay ninguna razón de principio contra el paternalismo siempre y cuando lo que se intente proteger sean los intereses del individuo tal y como él lo concibe de acuerdo a su propio plan de vida o concepción de lo bueno.¹² El paternalismo, en otros términos, satisface el requisito de neutralidad. Por lo tanto, las leyes penales son justificables en función de consideraciones paternalistas. El único punto a considerar es que, muchas veces, la coacción es ineficiente para prevenir conductas que dañan los intereses de los individuos tal y como éstos los conciben (si no se puede motivar directamente en sus intereses tal como ellos mismos los conciben ¿por qué habría de motivarlos la sanción?). Hay casos, empero, en que la coacción funciona para proteger a los individuos de sus propias acciones y, en esos casos, nada hay de objetable a la legislación paternalista. Un caso particularmente relevante es la sanción de conductas de terceros que facilitan que los individuos realicen acciones por las cuales se dañan a sí mismos (por ej., los vendedores de drogas en relación con el consumo de drogas).¹³ El principio de neutralidad estatal no prohíbe el castigo de estas acciones si ellas son conducentes para prevenir acciones autodañosas de los individuos y la distinción entre lo que es y no es dañoso se realiza considerando el plan de vida del individuo de que se trata.

¹² “Hay un tipo de paternalismo que debe ser aceptable para la concepción liberal de la sociedad, pues él no se confunde con el perfeccionismo: el paternalismo dirigido a proteger los intereses reales de los individuos, o sea, los intereses que sus titulares genuinamente reconocen como tales, contra actos de ellos mismos que podrían afectarlos”, en NINO (1979: 66).

¹³ “La circunstancia de que haya individuos que incurrn en el consumo de drogas por inmadurez, compulsión, desconocimiento o debilidad de voluntad, justifica que se haga sumamente difícil el acceso a las drogas castigando severamente el tráfico y el suministro”, en NINO (1979: 70).

La cuestión, desde la perspectiva del principio del perjuicio, es, en cambio, otra. Los agentes no pueden violar sus propios derechos. Por lo tanto, el paternalismo es, por principio, una justificación inadecuada de la coacción. Ésta sólo procede para resguardar los derechos de los individuos y el consentimiento excluye la posibilidad de que la acción sea violatoria de derechos.

Por lo tanto, el principio del perjuicio no es incompatible sólo con el perfeccionismo y el moralismo jurídico simple sino también con el paternalismo. En rigor, el principio del perjuicio no es, por sí mismo, incompatible con estos últimos. En efecto, en la medida en que sólo se limita a enunciar una razón para castigar no es incompatible con otras. Sin embargo, una vez que se explicitan los principios que subyacen a él en su formulación distintivamente liberal, a saber, el principio de neutralidad estatal y el principio de autonomía, se comprende por qué se considera que aceptar el principio del perjuicio implica el rechazo de los otros.

He considerado el problema de que el principio del daño permite criminalizar demasiado. Mi respuesta consistió en restringir sus alcances del siguiente modo: sólo son criminalizables las acciones dañosas que violan los derechos de terceros (esto es, las acciones que perjudican a terceros). El problema es, ahora, otro. Dada la importancia de la violación de derechos para determinar los alcances del principio del perjuicio ¿por qué la exigencia del daño? ¿Acaso no es suficiente con sostener que toda violación de un derecho individual es susceptible de ser castigada y olvidarnos de la engorrosa cuestión de si causa o no daño a terceros? La respuesta es, a mi juicio, negativa. Las razones son las siguientes. Primero, según la teoría liberal de los derechos, la violación de éstos implica, en la mayoría de los casos, un daño. Esto no implica negar que sea posible que una acción viole un derecho sin causar un daño. Los casos, empero, son relativamente raros.¹⁴ Esto es así, especialmente, si se tiene en cuenta que los principios limitadores del castigo se refieren a acciones tipo. Segundo, el error de castigar acciones que no violan los derechos de nadie es más grave que el error de no castigar acciones que sí violan el derecho de alguien pero a quien no causan ningún daño. Tercero, dado lo primero y lo segundo, es razonable prohibir el castigo de acciones por la sola razón de que violan el derecho de alguien sin dañarlo. Este argumento, empero, tiene excepciones que analizaré más adelante.

Una última aclaración. Usualmente se considera que el principio del perjuicio permite castigar no sólo acciones que causan daño a terceros sino, además, acciones que implican un riesgo o peligro de daño para terceros. Si el principio es interpretado preventivamente, ello no implica ninguna extensión *ad hoc*. En efecto, castigar acciones riesgosas sirve para prevenir acciones dañosas. Si el principio es interpretado

14 V. FEINBERG (1984).

retributivamente, en cambio, debería explícitamente extenderse sus alcances. Ésta, empero, no es una extensión problemática. En cualquier caso, esto requiere aclarar el concepto de riesgo, lo que, lamentablemente, excede los límites de este trabajo.

En resumen, el artículo 19 establece que es una razón para criminalizar una conducta el hecho de que perjudique a terceros. Para interpretar correctamente los alcances de este principio es necesario, a mi juicio, vincularlo con el ideal social liberal y, en particular, con los principios complementarios de neutralidad estatal y autonomía. A la luz de estos principios debe entenderse que una acción perjudica a un tercero si: (a) lo daña, esto es, si afecta negativamente sus intereses de bienestar; y (b) lo hace de un modo que viola sus derechos. Además, los principios liberales referidos, que subyacen al principio del perjuicio, excluyen el perfeccionismo, el moralismo jurídico simple y el paternalismo.

V. Orden: libertad, intereses públicos y deberes jurídicos

La constitución, empero, admite otras dos razones para castigar una conducta, a saber, el orden y la moral pública. Es necesario explicitar una interpretación de estos dos conceptos tal que sea compatible con el ideal social liberal que, según sostuve, subyace al principio del perjuicio.

Una primera aproximación es la siguiente. Según sostuve, la razón por la que la constitución prohíbe el castigo de acciones que, sin causar daño, violan el derecho de terceros estaba vinculada a que, en general, las acciones que violan un derecho causan, asimismo, un daño. Hay, empero, una importante excepción a esta generalización, a saber, las interferencias con las acciones legítimas de terceros. Éstas pueden ser, en muchos casos, beneficiosas para el individuo y, sin embargo, violar su derecho a decidir por sí mismo sobre la cuestión. El ideal social liberal claramente provee una razón para que el Estado prevenga estas interferencias. En efecto, por las mismas razones que el liberalismo rechaza el paternalismo estatal debería, asimismo, rechazar el paternalismo privado (cuando se trata, claro está, de adultos competentes).

Un modo de acomodar esta observación al principio del perjuicio sería señalar que el individuo tiene un interés en su libertad (por lo que existiría un interés afectado). Esto, empero, oscurece la cuestión. Después de todo ¿por qué habría de priorizarse el interés de los individuos con la libertad por sobre sus restantes intereses? En este sentido, aun cuando los individuos tengan un interés en su libertad, el problema fundamental, en estos casos, no es la afectación de los intereses (que, globalmente, podrían estar en mejor posición) sino de sus derechos.

El ideal social liberal provee, entonces, una *rationale* clara para el castigo de acciones que interfieren con las acciones y decisiones legítimas de terceros aun cuando no sean dañosas (principio de la libertad).

Esto es, creo, parte de lo que debe entenderse por la expresión “orden” del artículo 19. Estas interferencias, aunque no perjudiciales, constituyen infracciones al orden liberal. El estado, por su parte, no excede, al proteger dicho orden, su tarea de proteger los derechos de los individuos.

El concepto de orden debe, empero, ampliarse para cubrir una serie de casos que, según suele admitirse, el Estado tiene la potestad constitucional de castigar y que, sin embargo, no se trata de acciones que violan los derechos morales de terceros. Tomemos el caso de los impuestos: ¿el derecho moral de quién, en particular, resulta violado cuando alguien evade impuestos? El de nadie. Pero, entonces, ¿qué justifica el castigo de los evasores? La respuesta, brevemente, es que el Estado está justificado para castigar no sólo acciones que violan los derechos morales de los individuos sino, asimismo, aquellas que violan *derechos jurídicos* y/o constituyen infracciones a *deberes jurídicos*.

Debe procederse, empero, con cautela. El requisito de violación de derechos en el principio del perjuicio se refiere a derechos morales. En efecto, si se refiriera a derechos jurídicos tornaría superfluo el requisito. La razón es, básicamente, la siguiente. Plausiblemente, si está prohibido por la ley penal realizar “A”, entonces los ciudadanos tienen el derecho jurídico de que los demás se abstengan de “A”. Por lo tanto, el Estado tendría el derecho de castigar todas aquellas acciones que, de hecho, castiga. Esto es, por supuesto, absurdo.

La referencia a derechos y deberes jurídicos para justificar el castigo por invocación del orden debe evitar este problema. El modo en que se evita nos permitirá comprender mejor el sentido en que difieren el principio del perjuicio (derechos morales) y el principio del orden (derechos y deberes jurídicos).

Hay prácticas institucionales que establecen derechos y deberes y que *todos o casi todos* tenemos interés en mantener. Estas prácticas son justificables moralmente si existen razones morales de tercera persona para implementarlas y no violan los derechos morales de los individuos. Los derechos y deberes que establecen son, empero, de segunda persona. En este sentido, los individuos y/o el Estado tienen autoridad (institucional) para exigir que se cumplan con las reglas que estructuran la práctica. A su vez, estos derechos y deberes, en muchos casos, no se basan en derechos y deberes morales preexistentes a la práctica. Por el contrario, la práctica institucional *crea* derechos y deberes que no existían previamente.

Tomemos, a modo de ejemplo, un caso relativamente sencillo, a saber, las reglas de tránsito que establecen las direcciones por las que deben circular los autos. Estas reglas resuelven un problema de coordinación. Todos tenemos un interés en que los autos circulen en determinadas direcciones que podemos conocer de antemano. Esto, de hecho, reduce el número de accidentes. Antes de la institución de la práctica, empero, no teníamos ningún deber de circular en determinada dirección. La práctica instituyó ese deber jurídico. Debe aclararse, además, que no siempre la existencia de un deber jurídico justificado moralmente implica la existencia de un deber moral de realizar la acción que estamos jurídicamente obligados a realizar.¹⁵

Un caso más complejo es el de los impuestos. Pero una historia similar podría contarse a su respecto. Todos tenemos un interés en la existencia del Estado y ello requiere la existencia de una práctica reglada que establezca los deberes de los individuos en relación a su financiamiento.¹⁶

En estos supuestos de prácticas moralmente justificadas (que no necesariamente se restringen a prácticas que resuelven problemas de coordinación), el Estado tiene la potestad de sancionar aquellas infracciones a las reglas establecidas siempre y cuando ello sea necesario para la preservación de la práctica. Esta es, creo, la segunda dimensión del concepto de orden constitucional y equivale a lo que he denominado principio instrumental del orden.

Este principio es diferente del resto porque, a diferencia de ellos, no admite dos interpretaciones, una preventiva y otra retributiva. Esto no es porque el principio instrumental del orden sea equivalente al principio del orden en su interpretación preventiva, que no lo es.¹⁷ Sin embargo, la interpretación preventiva del principio instrumental del orden sería absurda. Establecería, en efecto, que es una razón para castigar una acción el hecho de que castigarla prevenga acciones: (a) prohibidas por una práctica institucional justificada; y (b) tales que, si no fueran castigadas, la práctica sería socavada. Pero esto, claramente, perdería el punto. El principio legitima el castigo de acciones prohibidas cuyo castigo es necesario para la preservación de la práctica. No parece adecuado extenderlo para justificar el castigo de acciones que no es necesario

15 Ver, en este sentido, NELSON (1980: 131 y ss.)

16 Esta es una descripción muy cruda de la cuestión. El punto es sólo señalar el tipo de justificación que subyace a la práctica que establece el deber institucional de pagar impuestos.

17 El principio del orden en su formulación preventiva establecería que es una razón legítima para castigar una acción el hecho de que castigarla prevenga acciones prohibidas por reglas de una práctica institucional justificada.

castigar para ese fin. Esto no sería una interpretación alternativa del mismo principio sino una tergiversación.

La razón es que, por así decirlo, el “componente instrumental” ya está incorporado en el principio aunque de un modo distinto al usual (por eso no equivale al principio del orden en su formulación preventiva). Por eso, probablemente, un retribucionista favorecería el principio del orden en su interpretación retributiva y rechazaría el principio instrumental del orden (por estrecho) y su interpretación preventiva (por amplia).

Debería, aquí, explicitar las razones por las que vinculo el concepto constitucional de orden con el principio instrumental del orden y no con el principio del orden a secas (en cualquiera de sus interpretaciones). Debo admitir, empero, que esta cuestión es especialmente compleja. Mi intuición, brevemente, es la siguiente. Las prácticas institucionales están justificadas instrumentalmente, por un valor, propósito o fin externo a ellas y al que su establecimiento sirve. Si esto es cierto, entonces, la protección de los derechos institucionales y el cumplimiento de los deberes institucionales no deben ser considerados (a diferencia de lo que ocurre con la protección de los derechos morales) un valor en sí mismo sino sólo en la medida en que contribuya al valor, propósito o fin de la práctica que los instituye. Por lo tanto, en la medida en que la práctica sirva a su propósito, no hay ninguna justificación para castigar los incumplimientos de los deberes institucionales. El castigo sólo estaría justificado en la medida en que fuera necesario para que la práctica cumpla adecuadamente su propósito.

Este argumento, debo reconocer, no es muy robusto. Se podría objetar que, aunque la razón por la que se instituye la práctica es externa, una vez instituida ésta, está simplemente mal que alguien incumpla sus reglas y que, por lo tanto, merece ser castigado. No habría, es cierto, ningún valor en prevenir estas acciones (la interpretación preventiva debe descartarse). Esto no quita, empero, que haya una razón para castigarlas, a saber, que son inmorales. Una respuesta rápida a esta objeción consistiría en rechazar la teoría retribucionista de la pena que presupone. Esto, empero, sería inadecuado en este contexto. La razón es que, como sostendré en el apartado VII, entiendo que la constitución es neutral entre retribucionismo y prevencionismo.

Una alternativa sería la siguiente. El liberalismo restringe el uso legítimo de la coacción a las acciones que violan los derechos morales de los individuos (para castigarlas o para prevenirlas, según la teoría de la pena que se adopte). Una forma de comprender la extensión del uso legítimo de la fuerza a derechos y deberes institucionales es señalar que los individuos tienen un derecho moral a que el Estado instaure y garantice el funcionamiento de ciertas prácticas institucionales. La razón por la que el castigo del incumplimiento de los deberes institucionales estaría justificado sería, precisamente, la preservación de estas prácticas que el Estado tiene la obligación moral de preservar. Sin embargo, el incumplimiento de deberes institucionales, por sí mismo, no habilitaría el uso

de la coacción porque no está adecuadamente vinculado a derechos morales que los individuos tengan independientemente de las prácticas institucionales.

Reconozco, empero, que esto es sólo el bosquejo de un argumento y que, quizás, no sea suficiente. Me contento con lo siguiente. Primero, haber distinguido dos principios distintos: el principio instrumental del orden y el principio del orden. Segundo, haber mostrado que ambos son principios atractivos para interpretar el concepto constitucional de orden (complementando al principio de libertad). Tercero, haber indicado una posible línea de argumentación para preferir el principio instrumental del orden que sea neutral respecto a la discusión entre retribucionismo y prevenciónismo.

En resumen, creo que el concepto de orden del artículo 19 tiene dos dimensiones vinculadas a la idea, general e imprecisa, de un sistema de ordenada libertad. En este sentido, un sistema de ordenada libertad requiere que (a) los individuos no interfieran con las acciones legítimas de terceros sin su consentimiento (ni siquiera en su propio bien) (principio de la libertad) y (b) los individuos sean coaccionados a cumplir con las reglas instituidas por prácticas justificadas por principios de moralidad intersubjetiva (principio del orden) si la coacción es necesaria para la existencia y continuidad de la práctica (principio instrumental del orden).

VI. Moral pública: ofensa a terceros y neutralidad estatal

La constitución admite, finalmente, una tercera razón para castigar, a saber, la ofensa a la moral pública. Mi propósito, una vez más, es proveer una interpretación de “moral pública” que sea compatible con el ideal social liberal que subyace al principio del perjuicio y, en particular, con el principio de neutralidad estatal.

En este orden de ideas, para comprender esta noción, debe vincularse con lo que en la literatura se conoce como el principio de la ofensa. Éste, como mencioné, establece que es una razón para castigar una acción el hecho de que ofenda a terceros.

Para entender el tipo de acciones al que usualmente se hace referencia con la expresión “conductas ofensivas” la obra de FEINBERG (1985) es, nuevamente, un excelente punto de partida. Éste sostiene que las conductas ofensivas son aquellas que causan estados mentales o experiencias psicológicas desagradables tales como repulsión, asco, vergüenza, molestia, miedo, humillación, etc. Estas acciones, por sí, no están comprendidas por el principio del daño porque experimentar los referidos estados mentales no siempre implica, por sí, un daño (aunque en algunos casos de extrema gravedad ese podría ser el caso).

Por razones análogas al caso del daño, el concepto de ofensa debe ser complementado con un elemento normativo importante para la teoría liberal, a saber, que una las ofensas relevantes a efectos de justificar el castigo son sólo aquellas que infringen los derechos morales de los individuos. Este solo complemento es, empero, insuficiente. En efecto, el principio de la ofensa, a menos que sea suplementado por una serie de consideraciones relativas a las condiciones en que un individuo tiene derecho a no ser ofendido por terceros, podría volverse una pesadilla liberal.

Esta amenaza puede expresarse en los siguientes términos. Los individuos tienen preferencias no sólo acerca de sus propias vidas sino, además, acerca del modo en que otros deben comportarse (preferencias externas). Estas preferencias están, muchas veces, fundadas en concepciones de lo bueno (ideales de excelencia personal) o consideraciones morales de tercera persona, y constituyen, por ello, convicciones personales muy profundas e importantes. Las acciones de los demás que no se adecuan a estas preferencias, especialmente a aquellas que tienen componentes éticos o morales de algún tipo, pueden resultarles profundamente ofensivas. Por lo tanto, si se acepta el principio de la ofensa, se acepta, asimismo, que las acciones de los individuos son susceptibles de ser criminalizadas si no se conforman a las preferencias externas de los demás (o, por lo menos, a las más intensas).

El estado, por supuesto, no estaría obligado a criminalizar todas las conductas ofensivas. Ello implicaría criminalizar muchas conductas y el costo sería tan alto que el beneficio en términos de reducción de ofensas no lo justificaría. La cuestión sería, empero, sólo una de costo/beneficio. Las conductas que resultan ofensivas para la mayoría y que sólo una minoría tiene preferencia por realizar serían justificadamente castigadas. Esto es un resultado que ningún liberal aceptaría. Estrictamente el Estado no infringe el principio de neutralidad: la prohibición penal, en efecto, no se funda en la verdad o corrección de ideales de excelencia personal o concepciones de lo bueno sino, simplemente, en el hecho de que la conducta ofende a terceros. Se trata, empero, de una especie de fraude al principio de neutralidad. Aunque el Estado no imponga ideales de excelencia personal porque se comprometa con su verdad o corrección y sólo lo haga porque *sucede que* son mayoritarios no por ello la imposición es menos real. En este sentido, lo cierto es que las concepciones de lo bueno de la mayoría son protegidas contra ofensas y las de la minoría, castigadas por ser ofensivas. Esto es cualquier cosa menos neutral y deja, ciertamente, poco espacio a la autonomía personal. El principio de la ofensa y el liberalismo parecerían, pues, irreconciliables.

Una primera respuesta a este problema es realizar una importante aclaración respecto a las relaciones causales involucradas en los casos de ofensa. En este sentido, debe recordarse que el principio de ofensa justifica castigar conductas que ofenden a terceros, esto es, que causan los estados mentales o experiencias psicológicas desagradables a las que nos referimos. Esto requiere que la acción ofensiva sea causalmente relevante. Sin embargo, no todas las conductas que, de ser presenciadas por

terceros, serían ofensivas, lo son actualmente. Supongamos que “A” cree que la homosexualidad es profundamente inmoral y encuentra sumamente repulsivos a los actos de homosexualidad. No todo acto de homosexualidad ofenderá, por ello, a “A”. Los actos que no presencia, en efecto, no le *causarían* repulsión. Podría replicarse que a “A” no lo ofenden sólo la percepción de actos de homosexualidad sino también la sola idea de que ellos ocurran. Aun así, empero, la ocurrencia actual de los actos de homosexualidad sería irrelevante desde un punto de vista causal; lo que causaría la repulsión sería la idea de que ocurran y no su ocurrencia efectiva. Por último, podría replicarse que si los actos de homosexualidad estuvieran castigados entonces “A” no creería que ocurren y, por lo tanto, no se ofendería. La creencia de “A” sería, en ese caso, evidentemente irrazonable pero, además, los actos de homosexualidad seguirían siendo causalmente irrelevantes; en su caso, sería la omisión de castigar la que causa la repulsión. Esto, por supuesto, no es una razón para castigar según el principio de la ofensa.

Esta circunstancia (especialmente si se la conjuga con la máxima *volenti*) explica por qué la distinción entre acciones realizadas en privado y acciones realizadas en público ha sido considerada relevante por algunos liberales.¹⁸ Esto es, a mi entender, correcto, con la siguientes aclaraciones. Primero, las acciones privadas (en el sentido de exentas de la potestad punitiva del estado) no son únicamente acciones realizadas en privado. Segundo, no todas las acciones realizadas en privado son acciones privadas, esto es, hay acciones realizadas en privado que el Estado tiene la potestad de criminalizar. Estas dos circunstancias se explican porque la distinción entre acciones realizadas en privado y acciones realizadas en público sólo es relevante para el principio de la ofensa pero no para el principio del perjuicio.

Esta aclaración respecto al alcance del principio es sumamente importante. Es, empero, insuficiente para responder al problema inicial. El hecho de que la imposición estatal de ideales de excelencia personal se limite a las acciones realizadas en público es, ciertamente, bienvenido, pero no elimina el problema de la falta de neutralidad. Un ejemplo simple permite mostrar que el problema persiste y que es sumamente grave. Reconsideremos al homofóbico “A”. Los actos homosexuales realizados en privado, hemos establecido, no lo ofenden y, por lo tanto, no pueden ser criminalizados por el principio de la ofensa. Los realizados en público, en cambio, sí pueden ofenderlo. Si “A” observa a una pareja homosexual besándose en público y, siente, por ello, repulsión, entonces, el acto de la pareja ofende a “A”. El principio de la ofensa permitiría castigar las exhibiciones públicas de homosexualidad si resultaran ofensivas para un número suficiente de personas. El problema, entonces, persiste. El principio de la ofensa sigue implicando la protección de las concepciones de lo bueno mayoritarias contra las conductas (públicas) que las ofenden

18 Ver, por ejemplo, HART (1963).

y el castigo de las (exhibiciones públicas de las) minoritarias por ofensivas. Esto, después de todo, no debería sorprendernos. Si lo que nos ofende depende parcialmente de nuestras concepciones de lo bueno, ¿cómo podría ser neutral el principio de la ofensa?

La conciencia de este problema y la creencia de que es irresoluble han llevado a muchos liberales a rechazar el principio de la ofensa. El desafío es, entonces, proveer una interpretación del principio de la ofensa que sea compatible con el principio de neutralidad estatal. El paso decisivo en esta dirección es distinguir entre moral mayoritaria y moral pública. Las ofensas que son relevantes para el principio de la ofensa son las que ofenden a la moral *pública*. Ésta no es equivalente a las concepciones de lo bueno de la mayoría. Implica, por el contrario, restricciones a las ofensas que el Estado tiene la potestad de castigar que son independientes del número de individuos a quienes podría ofender la acción. El problema es construir un concepto de moral pública que sea, al mismo tiempo, neutral y operativo para proteger a los individuos de las conductas que los ofenden.

Reconsideremos el caso del homofóbico: ¿qué es lo que haría que fuese especialmente ilegítimo castigar la ofensa en este caso? El castigo implica al estado, directa o indirectamente, en el juicio de que la concepción de lo bueno de la minoría castigada es incorrecta o, en algún sentido, no igualmente digna de respeto que la protegida. Las ofensas a la moral pública deben ser tales que no impliquen comprometer al Estado en este tipo de juicios. Más aún, un Estado liberal debería preocuparse especialmente por proteger, precisamente, a quienes tienen concepciones de lo bueno minoritarias. La consecuencia es que muchas ofensas reales y profundas no serán castigadas o prevenidas. Esto no implica sostener que la concepción de lo bueno de la mayoría ofendida sea, por ello, irrazonable o errónea (aunque, por supuesto, la del homofóbico lo es). El punto es, simplemente, que proteger a los individuos de esas ofensas implicaría infringir el requisito de neutralidad estatal y que sería, por ende, ilegítimo. El problema es: ¿hay alguna ofensa cuyo castigo no implique un juicio sobre la concepción de lo bueno de quienes son castigados? O, en otras palabras, es ¿hay alguna ofensa que sea *pública*?

Entiendo que sí. El modelo del exhibicionismo es, creo, interesante para analizar este punto. Consideremos a la masturbación en público. Esto, sin duda, será ofensivo para muchos individuos. El hecho de que sean muchos, empero, no es una garantía suficiente. El caso de la homofobia probó el punto. Sin embargo, existen diferencias relevantes entre el caso de la masturbación y el de la homosexualidad. La razón por la que la acción es ofensiva para los terceros es distinta en uno y otro caso. Los individuos que consideran ofensivos a los besos homosexuales en público se sienten ofendidos porque consideran que la homosexualidad es, ella misma, repulsiva, pecaminosa o inmoral. Por el contrario, los besos heterosexuales, aun los realizados en público, no los ofenden. Los homosexuales, o la mayoría de ellos, no se ofenden por los besos homosexuales en público. El problema es con la homosexualidad y no con su publicidad. El caso de la masturbación es distinto. Es cierto que muchos individuos que consideran ofensiva a la masturbación pública se

sienten ofendidos porque consideran que la masturbación es, ella misma, repulsiva, pecaminosa o inmoral. No obstante, muchos otros, incluidos quienes consideran que no hay nada malo en masturbarse y que lo hacen regularmente, se sentirán también ofendidos por la masturbación pública. Éstos no se sienten ofendidos porque juzgan que la masturbación es repulsiva, pecaminosa o inmoral sino porque creen que es repulsivo realizarlo en público. El problema es la publicidad y no la masturbación.

Esta diferencia es, a mi entender, determinante. La ofensa de la masturbación es una ofensa *pública* en un sentido en que la ofensa de la homosexualidad no lo es. La protección de los individuos contra la ofensa de la masturbación pública no implica comprometer al Estado con un juicio acerca de la bondad o maldad de la masturbación porque los ofendidos por ella no son sólo quienes sostienen que la masturbación es pecaminosa sino también, relevantemente, quienes sostienen que no lo es.

La prohibición, empero, no es independiente de las concepciones de lo bueno de los individuos. Si la mayoría pensara que no hay nada malo en la masturbación pública entonces no sería ofensiva para ellos y no estaría justificada su prohibición. Tampoco es absolutamente neutral: no es neutral, en efecto, entre quienes creen que la *publicidad* de la masturbación es ofensiva y quienes creen no tiene nada de malo.

La neutralidad se pierde, sin embargo, sólo respecto al límite entre lo que es ofensivo realizar en público y lo que no y no entre lo que es inmoral y lo que no. Esta diferencia es relevante no porque lo segundo dependa de una concepción de lo bueno y lo primero no, sino porque el Estado puede ser razonablemente neutral respecto a lo segundo pero no respecto a lo primero.

La restricción de que la ofensa sea a la *moral pública* (por oposición a la moral mayoritaria), según lo que llevo dicho hasta ahora, se puede capturar adecuadamente mediante el siguiente test:

Test de universalización:¹⁹ una acción realizada en público es una ofensa a la moral pública si ofendería a la mayoría de los individuos de la sociedad y a la mayoría de quienes no consideran que realizarla en privado es inmoral.

¹⁹ Éste está basado en el *standard of universality* defendido por FEINBERG (1980: 88). Posteriormente, FEINBERG rechazó este enfoque; v. FEINBERG (1985) Yo creo que sigue siendo adecuado aunque no puedo considerar aquí los argumentos de FEINBERG.

Hasta aquí me he centrado en el siguiente supuesto. Un individuo realiza una acción que ofende a terceros que la juzgan indecente o inmoral y éstos pretenden ser protegidos frente a la acción ofensiva (esto es, no verse expuestos a ella contra su voluntad). Ahora me gustaría analizar otro supuesto. Un individuo juzga valiosa una acción (o cualquier otra cosa), otro la juzga disvaliosa (y, quizás, ofensiva) e insulta, se burla, etc., de las valoraciones del primero, ofendiéndolo; el segundo pretende protección frente a la acción ofensiva del primero. En el primer caso, el que juzga disvaliosa y ofensiva la acción del otro pretende no ser expuesto a ella. En el segundo caso, el que juzga disvaliosa la acción (o cualquier otra cosa) que un segundo individuo valora, la insulta, se burla, etc., y es quien considera valiosa a la acción quien busca no ser ofendido.

Este segundo tipo de casos muestra el atractivo del principio de la ofensa para muchos liberales. Provee un modo de proteger a los individuos que tienen concepciones de lo bueno minoritarias del hostigamiento (no necesariamente dañoso) de las mayorías y, de ese modo, preservar su estatus como ciudadanos y agentes morales igualmente dignos de consideración y respeto. Un liberal, preocupado porque los individuos puedan realizar sus planes de vida de modo digno sin importar cuán aceptada o popular sea su concepción de lo bueno, tiene en estos casos una poderosa razón para defender el principio de la ofensa. La neutralidad frente a las concepciones de lo bueno requiere, más que permitir cualquier hostigamiento o ridiculización realizados en nombre de cualquiera de ellas, la protección de todas frente al hostigamiento de las demás. La atención debería, por supuesto, centrarse en las minoritarias por dos razones. Primero, porque es allí en los casos en que el hostigamiento, aún sin ser dañoso, es particularmente ofensivo. Segundo, porque el insulto y la burla a las concepciones de lo bueno mayoritarias tienen un componente epistémicamente valioso del que carecen las realizadas a las minoritarias.

Nuevamente este tipo de protección puede realizarse en nombre de la moral pública porque no implica realizar ningún juicio sobre la verdad o corrección de la concepción de lo bueno insultada y ridiculizada ni sobre la concepción de lo bueno en nombre de la cual se insulta y ridiculiza. Por lo tanto, el Estado tiene la potestad de castigar estas ofensas invocando el principio de la ofensa.

Sin embargo, estos casos no siempre superan el test de universalización. Puede darse el caso de que la acción no sea ofensiva para “la sociedad en general” sino, solamente, para el grupo o individuos insultados, ridiculizados, etc. Considérese el siguiente caso. El homofóbico insulta y ridiculiza a Carla por su lesbianismo ofendiéndola (le causa ira, vergüenza, etc.). Quizás la sociedad sea en general homofóbica y considere que la acción del homofóbico no es ofensiva o, por lo menos, que Carla no debería ofenderse y, por ende, que no merece ser protegida. Del mismo modo, si Juan le dice a Pedro “judío de mierda”, eso probablemente sea considerado ofensivo por Pedro y por la comunidad no-judía pero, quizás, no por el resto. El carácter ofensivo de estas conductas puede, empero, ser más universal de lo que parece. Los homofóbicos considerarían ofensivo que los insulten y ridiculicen por su heterosexualidad y los no-judíos

considerarían ofensivo que los insulten a ellos y su religión del mismo modo. Esto sugiere complementar el test de universalización con uno similar diseñado para este segundo tipo de casos:

Test de universalización hipotética:²⁰ una acción de insulto, ridiculización, etc. es una ofensa pública si los individuos de la sociedad, en general, serían ofendidos por ella si estuviese dirigida a sus propias valoraciones del mismo tipo (sexuales, religiosas, etc.).

Existe, todavía, un tercer supuesto relevante de acciones ofensivas. En estos casos, la ofensa es causa no de la publicidad de acciones que (aún sin ser juzgadas inmorales) se considera que deberían estar reservadas al ámbito privado, ni del hostigamiento de un individuo en función de su concepción de lo bueno, sino de la publicidad de acciones o aspectos de su vida que, a su juicio, deberían quedar reservados a su ámbito privado. En este sentido, si bien, en algunos casos, tenemos derecho a no ser expuestos a conductas públicas de terceros que nos ofenden, en general no tenemos derecho a exponer aspectos de la vida de los otros que ellos no quieren que sean expuestos si ello los ofenderá (salvo que existan razones intersubjetivas para justificar que no tiene derecho a esa reserva). Este caso es, creo, análogo a la relación entre el principio del perjuicio y el principio de la libertad. Es legítimo que se nos proteja de los daños de terceros que violan nuestros derechos (principio del perjuicio) y, correlativamente, tenemos derecho a que no se interfiera con nuestras acciones legítimas aun cuando ello nos beneficiaría (principio de la libertad). Análogamente, es legítimo que se nos proteja de las ofensas públicas que violan nuestros derechos (primeros dos aspectos del principio de la ofensa) y, correlativamente, tenemos derecho a que no se interfiera con nuestras acciones legítimas realizadas en privado (tercer aspecto del principio de la ofensa). Este tercer caso de ofensa pública, correlativo a los otros dos, puede expresarse en los siguientes términos.

Test de privacidad: una acción es una ofensa a la moral pública si expone al público aspectos de la vida privada de un individuo que él prefería y tenía derecho de reservar a su ámbito privado.²¹

Estamos en condiciones ahora de volver sobre el principio de la ofensa. El propósito fue formular un principio de la ofensa compatible con el principio de neutralidad estatal. En este sentido, realizamos varias aclaraciones y complementaciones del principio de la ofensa a secas. Primero, sólo son relevantes las ofensas que violan el derecho del ofendido. Segundo, las acciones realizadas en privado, esto es, no presenciada

²⁰ Este test está basado en una sugerencia de FEINBERG (1985: 29).

²¹ Recordemos que si no tiene derecho entonces la acción no lo ofende porque ello, tal como lo hemos explicado, requiere que la conducta ofensiva viole los derechos del ofendido.

por los terceros a quienes putativamente ofende, no les causa ofensa a éstos. Tercero, las ofensas relevantes deben ser *públicas* en el sentido de que su castigo no debe comprometer al Estado con juicios sobre la corrección o incorrección de las concepciones de lo bueno ni de los ofensores ni de los ofendidos. He identificado tres tipos de supuestos de conducta ofensiva a la moral pública y diseñé un test para identificar si un tipo de conducta es una instancia de esos supuestos. Ello nos permite formular el siguiente principio:

Principio de ofensa a la moral pública: es una razón para castigar un tipo de acción el hecho de que cause una ofensa a un tercero de un modo que viole sus derechos y ofenda a la moral pública. Una acción realizada en privado, esto es, no presenciada por los terceros a quienes putativamente ofende, no les causa ofensa a éstos. Una ofensa ofende a la moral pública sólo si satisface al menos uno de los siguientes test: (a) test de universalización; (b) test de universalización hipotética; y (c) test de privacidad. Ninguna otra acción ofende a la moral pública.

VII. Interpretación preventiva vs. interpretación retributiva

Tal como observé en el apartado II, los principios limitadores de la libertad admiten dos interpretaciones: (a) una preventiva, según la cual se refieren a las acciones que el Estado puede buscar prevenir o disuadir mediante el castigo y sólo indirectamente a las acciones que tiene la potestad de castigar (en adelante, "IP"); y (b) una retribucionista, según la cual se refieren directamente a las acciones que el Estado tiene la potestad de castigar (en adelante, "IR").

La interpretación que se privilegie depende, como dije, de la teoría del castigo que se adopte. Las teorías prevencionistas conciben a la institución penal, básicamente, como un instrumento para disminuir la ocurrencia de cierto tipo de acciones. Por lo tanto, desde este punto de vista, la interpretación preventiva de los principios limitadores es la más natural.

Las teorías retribucionistas, por el contrario, conciben a la institución penal como un instrumento para administrar castigos públicos a personas que se lo merecen, expresando, de ese modo, el reproche de la comunidad. Por lo tanto, desde este punto de vista, es más natural interpretar a los principios limitadores de la libertad como estableciendo cuáles son el tipo de acciones que son adecuadamente merecedoras del reproche oficial de la comunidad.

Las teorías preventivas, sin embargo, suelen ser complementadas por "restricciones laterales" (*side constraints*) que imponen límites no instrumentales a la empresa de prevenir cierto tipo de acciones mediante el castigo. Por lo tanto, desde este punto de vista, los principios limitadores podrían interpretarse alternativa o

simultáneamente como referidos al tipo de acción que es legítimo que el Estado disuada y/o como condiciones que la acción criminalizada debe satisfacer para que la criminalización sea legítima.

En principio, IP extiende más la potestad punitiva del Estado que IR. Este es el caso si se supone que: (a) castigar una acción disuade la realización de esa acción; y que (b) castigar una acción tipo puede disuadir o prevenir acciones tipo distintas (por ej., castigar el consumo de drogas reduce o previene la venta de drogas). Por (a), todas las acciones susceptibles de ser castigadas por los principios IR son susceptibles de ser castigadas por los principios IP. Por (b), acciones que no serían susceptibles de ser castigadas por IR son susceptibles de ser castigadas por IP.

Esto, empero, no es necesariamente así. Primero, podría ser que castigar una acción no disuada la realización de esa acción (esto es, que no se satisfaga el supuesto [a]). En ese caso, IR justificaría el castigo e IP no. Segundo, podría argüirse que los casos de castigo indirecto justificados son relativamente raros. Por lo tanto, los casos en que IP justificaría el castigo e IR no, serían escasos.

Ahora bien, no encuentro argumentos para sostener que la constitución se comprometa con una teoría del castigo en particular (preventiva, con o sin restricciones laterales, o retribucionista). Los principios liberales que guiaron mi interpretación del alcance de los principios no nos obligan, creo, a optar por una u otra interpretación. Si esto es efectivamente así, entonces, el congreso tiene potestad para adoptar la teoría del castigo que considere justificada. Consecuentemente, los principios limitadores de la libertad constitucional deberían, por así decir, duplicarse, retributivamente y preventivamente. Para ejemplificar, consideremos el principio del perjuicio. Una acción sería criminalizable si (a) causa perjuicio a terceros aunque criminalizarla no la disuada (IR) o (b) su criminalización sirve para disuadir o prevenir una acción que perjudique a terceros, aunque ella, en sí misma, no perjudique a terceros (IP).

VIII. Conclusión

El artículo 19 es una de las normas fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional. Hay relativo consenso, además, de que implica la recepción de principios o tesis liberales en lo que respecta a los límites del poder punitivo del estado. Mi objetivo en este trabajo fue proveer una interpretación de sus alcances inspirada en dos principios liberales complementarios, a saber, el principio de autonomía y el principio de neutralidad estatal.

En este sentido, argumenté, en primer lugar, que el artículo 19 establece cuáles son las razones constitucionalmente admisibles para castigar una conducta. Sostuve, siguiendo el texto, que las razones que admite son tres y sólo tres: “perjuicio a terceros”, “ofensa al

orden” y “ofensa a la moral pública”. Mi estrategia interpretativa fue, primero, vincular el “perjuicio a terceros” con el principio del daño de la tradición liberal y mostrar que, para entender correctamente los alcances de éste, debía relacionársele con los principios de neutralidad estatal y autonomía. Sólo entonces analicé las otras dos razones para castigar que establece la constitución procurando interpretarlas de conformidad con los principios que subyacían a la primera.

El resultado de mi análisis puede resumirse en los siguientes términos. Según el artículo 19 de la constitución los principios que regulan la potestad del Estado para criminalizar una acción tipo son los siguientes:

- a) Principio del perjuicio: es una razón para castigar un tipo de acción el hecho de que dañe a un tercero de un modo que viole sus derechos morales.
- b) Principio de la libertad: es una razón para castigar una acción el hecho de que interfiera con las acciones legítimas de terceros sin su consentimiento.
- c) Principio instrumental del orden: es una razón para castigar una acción el hecho de que esté prohibida por las reglas de una práctica institucional justificada y que su castigo sea necesario para la existencia y continuidad de la práctica.
- d) Principio de ofensa a la moral pública: es una razón para castigar un tipo de acción el hecho de que cause una ofensa a un tercero de un modo que viole sus derechos y ofenda a la moral pública.
 - i. Una acción realizada en privado, esto es, no presenciada por los terceros a quienes putativamente ofende, no les causa ofensa a éstos.
 - ii. Una acción ofende a la moral pública sólo si satisface al menos uno de los siguientes test:
 1. *Test de universalización*: una acción realizada en público es una ofensa a la moral pública si ofendería a la mayoría de los individuos de la sociedad y a la mayoría de quienes no consideran que realizarla en privado es inmoral.
 2. *Test de universalización hipotética*: una acción de insulto, ridiculización, etc. es una ofensa pública si los individuos de la sociedad, en general, serían ofendidos por ella si estuviese dirigida a sus propias valoraciones del mismo tipo (sexuales, religiosas, etc.)
 3. *Test de privacidad*: una acción es una ofensa a la moral pública si expone al público aspectos de la vida privada de un individuo que él prefería y tenía derecho de reservar a su ámbito privado
 - iii. Ninguna otra ofensa es una ofensa a la moral pública.

- e) Aclaración: los principios (a), (b) y (d) deben ser interpretados retributiva y preventivamente.
- f) Principio de clausura: ninguna otra razón es una razón constitucionalmente admisible para castigar una conducta.

Bibliografía

- DARWALL, S. (2009) "Authority and Second-Personal Reasons for Acting", en DARWALL, S. (2013) *Morality, Authority & Law*. Oxford, Oxford University Press.
- FEINBERG, J. (1980) "Harmless Immoralities and Offensive Nuisances", en FEINBERG, J. (1980) *Rights, Justice and the Bound of Liberty*. Princeton (NJ), Princeton University Press.
- (1984) *Harm to Others*. New York, Oxford University Press, 1987.
- (1985) *Offense to Others*. Oxford, Oxford University Press, 1987.
- HART, H. L. A. (1963) *Law, Liberty and Morality*. Oxford, Oxford University Press, 1989.
- HOHFELD, W. N. (1913) *Conceptos jurídicos fundamentales*. Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968.
- MILL, J. S. (1859) *Sobre la libertad*. Madrid, Alianza Editorial, 2007.
- NELSON, W. (1980) *On Justifying Democracy*. London, Routledge, 2010.
- NINO, C. S. (1979) "¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de las 'acciones privadas de los hombres'?", en NINO, C. S. (2013), *Una teoría de la justicia para la democracia*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2013.
- (1989) *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires, Astrea, 2007.
- (1992) *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires, Astrea.